Rechtliche Natur und Rechtserwerb der Aktiengesellschaft

vor der Eintragung ins Handelsregister.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Leo Lemle

Rechtspraktikant aus Fischach.

Würzburg

Druck von Drescher & Reichart

1906.

Referent: Herr *Prof. Dr. Mayer.*

Meinen

LIEBEN ELTERN

in Dankbarkeit

zur silbernen Hochzeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507204_0080

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung.

I. Kapitel.

Ueber die rechtliche Natur der A. G. vor der Eintragung.

Geschichtliches.

1. Abschnitt.

Ueber die einzelnen Gründungsakte insbes. über den Ges.-Vertrag.

Einleitung.

1. Ueber die Feststellung des Inhalts des Ges.-Vertrages.
2. Ueber die Gründergesellschaft.
3. Ueber die Aktienzeichnung.
4. Die Errichtungshandlung.

2. Abschnitt.

Ueber die rechtliche Natur der A. G. vor der Eintragung insbesondere.

Einleitung.

1. Ansichten aus der bisherigen Literatur.
2. Die Vereinserrichtung überhaupt.

Einleitung.

A. Die Vereinserrichtung.

B. Die Errichtung der A. G.

II. Kapitel.

Der Rechtserwerb der A. G. aus Rechtshandlungen vor ihrer Eintragung ins H.-Reg.

1. Ueber den Handlungsbereich der Gründer.
2. Ueber die Haftung nach § 200 H. G. B.
3. Ueber die rechtliche Konstruktion des Rechtserwerbs der A. G. aus Rechtsgesch. vor ihrer Eintragung.

Literatur.

Behrend, Lehrbuch des Hand.-Rechts 1886.
Viktor Ring, D.R.G. betr. die Kommandit-Gesellschaften auf Aktien und die A. G. 1886.
Staub, Kom. z. H.G.B. 1900.
Cosack, Lehrb. d. Hand.-Rechts 1903.
Lehmann-Ring, Kom. z. H.G.B. 1902.
Lehmann, Das Recht d. A.G. 1898.
Endemann, Handbuch d. H. u. W.-R. 1889.
Pinner, Das deutsche Aktienrecht 1899.
Anschütz u. v. Völderndorff, Kom. z. H.G.B. 1894.
Frankenburger, Kom. z. H.G.B.
Gareis, Kom. z. H.G.B
Dr. Averbeck, Wesen der Aktienzeichnung. Rechte u. Pflichten aus d. Akt.-Zeichg. 1900.
Beseler, Syst. d. deutsch. Priv.-R. I 1885.
Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsch. Rechtspr. 1887.
„ Deutsch. Priv.-R. 1895.
„ Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach neuem Recht 1902.
Bekker, Syst. d. heut. Pand.-Rechtes. 1886.
Meurer, Die jur. Pers. nach deutsch. Reichs-Recht 1901.
J. E. Kuntze, Der Gesamtakt ein neuer Rechtsbegriff, in der Festgabe d. Leipz. Fakult. für Müller 1892.
Stobbe, Handb. d. Preuss. Priv.-R. I 1893.
Dr. Eccius, Preuss. Pr.-R. 1896.
Lehrbücher des Bürgerl. Rechts von: Cosack, Engelmann, Endemann, Dernburg, Mathias (auch Crome).
Kommentare z. B.G.B.: Staudinger, Plank, Hölder, Rehbein, Neumann.
Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte.
„ Anspruch und Klagerecht.
Jäger, Kom. z. K.O.
Goldschmidts Zeitschr. f. das ges. Hand.-R.
Deutsche Juristen-Zeitung.
Grünhuts Zeitschr. f. d. Priv. u. öff. Recht.
Entscheidungen d. Reichsoberhandelsgerichts, des Reichsgerichtes und der Oberlandesgerichte.

Einleitung.

Seit dem Jahre 1870 besteht im Aktienrecht das Dogma: „Keine Aktiengesellschaft ohne Eintragung in das Handelsregister". Der § 200 des H. G. B. bestimmt auch heute noch: „vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht". Die Anwendung der durch das Gesetz an den Begriff der Aktiengesellschaft geknüpften Rechtsregeln ist damit an eine doppelte Voraussetzung geknüpft: einmal, es muss ein Rechtsgebilde vorliegen, welches die natürlichen Wesenheiten der Aktiengesellschaften in sich vereinigt, sodann muss die Registrierung vollzogen sein. Diese setzt aber wieder voraus, dass die vom Gesetz aufgestellten Normativbestimmungen erfüllt sind.

Vor dem Jahre 1870 war die Registrierung nur eine Notwendigkeit für die sogenannten Handels-A. G., für die sogenannten Civil-A. G. dagegen nur insoweit, als dies durch Landesgesetz vorgeschrieben war. Seit dem Jahre 1870 ist die Registrierung für alle A. G. ein notwendiges Erfordernis. Mit diesem Dogma ist jedoch keineswegs gesagt, dass die vor jenem Zeitpunkte vorgenommenen Rechtsgeschäfte jeder rechtlichen Wirkung entbehren, dass insbesondere vor diesem Zeitpunkte allen Rechtsgeschäften, die auf Hervorbringung der A. G. gerichtet sind und die vorgenommen werden, um dieselbe den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend ins Leben zu rufen, jeder Rechtserfolg mangle. Allerdings hat das Gesetz nicht gesagt, welches rechtliche Gebilde wir in der A. G. vor ihrer Entstehung zu erblicken haben, obwohl es den ganzen Entstehungshergang derselben genau geregelt hat, ebensowenig wie wir dem Gesetz eine Konstruktion darüber entnehmen können, wie der Rechtserwerb der im Gründungsstadium vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die registrierte A. G. zu denken sei. Die Beantwortung dieser Fragen wurde vielmehr vom Gesetze der Literatur und der Rechtsprechung überlassen. Einigkeit über diese Fragen ist bis heute noch nicht erzielt worden. Die einen sehen in der A. G. bis zur Registrierung

eine Gesellschaft des B. G. B., also eine Societät, sei es unter den Gründern, sei es unter den Gründern und Zeichnern, andere eine modifizierte Societät, andere wieder einen nicht rechtsfähigen Verein, wieder andere leugnen jeden societätsmässigen Charakter und können in der embryonalen A. G. nur die Substrate der entstehenden juristischen Person erblicken.

Je nachdem die eine oder andere Konstruktion angenommen wird, ist auch die Konstruktion des Rechtserwerbs der A. G. aus Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften vor ihrer Entstehung eine verschiedene, obwohl hier die Gegensätze weniger scharf einander gegenübertreten.

Beide Fragen, sowohl die rechtliche Natur der A. G. vor ihrer Eintragung wie auch der Rechtserwerb der A. G. aus Rechtsgeschäften vor ihrer Eintragung, sollen in Folgendem behandelt werden.

I. Kapitel.

Ueber die rechtliche Natur der Aktiengesellschaften vor der Eintragung.

Geschichtliches.

Als im Jahre 1862 das H. G. B. veröffentlicht wurde, galt in Deutschland in der Hauptsache das Konzessionssystem, beruhend insbesondere in Preussen auf dem preussischen Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 und dem Gesetz über die A. G. vom 26. November 1852. Schon damals tauchte die Frage auf, welches rechtliche Gebilde man vor der Konzessionserteilung in der A. G. zu erblicken hätte. Das preussische Eisenbahngesetz bestimmte in seinem § 3: „Solange die Bestätigung der Gesellschaft nicht erfolgt ist, bestimmen sich die Verhältnisse der Gesellschaft und ihrer Vertreter nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über Gesellschafts- und Mandatsverträge".

Hier war deutlich gesagt, dass man in der A. G. vor der Konzessionserteilung eine Societät zu erblicken habe.

Das H. G. B. brachte bei seiner Einführung im Art. 211 die Registrierung und damit verbunden das System der Normativbestimmungen. Der Art. 211 stellte lediglich negativ fest, dass

vor der Eintragung die A. G. als solche nicht bestehe und dass die vor der Eintragung im Namen der A. G. Handelnden persönlich haften. Eine positive Bestimmung darüber, welches rechtliche Gebilde das Gesetz in der A. G. vor der Eintragung sieht, wie auch darüber, welche rechtliche Natur es den Schöpfungsakten im Entstehungsstadium der A. G. beilegt, hat das Gesetz nicht gegeben. Man hielt auf der Nürnberger Konferenz die gewöhnlichen Regeln des Vertragsrechtes für die Beurteilung aller Gründungshandlungen für ausreichend. — Prot. d. N. K. S. 319, 320. — Der Theorie und der Praxis war es dann überlassen, diesen gefährlichen Irrtum zu beseitigen und ein besseres Verständnis der Gründungsvorgänge zu bilden.

1. Abschnitt.

Ueber die einzelnen Gründungsakte, insbesondere über den Gesellschaftsvertrag.

Einleitung.

Der Gründungshergang der A. G. ist verschieden, je nachdem es sich um die Simultan- oder die Stufengründung handelt, ganz abgesehen von den Fällen der sogenannten qualifizierten Gründung. In allen Fällen bildet die Grundlage des Entstehungsherganges der Gesellschaftsvertrag.

Die Erfordernisse eines gültigen Gesellschaftsvertrages hat das H. G. B. im § 182 aufgestellt. Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages muss von mindestens fünf Personen, welche Aktien übernehmen, in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt werden, es ist Betrag und Gattung der Aktien anzugeben, der Vertrag hat über die in § 182, Abs. II, Nr. 1—6 angegebenen Punkte Bestimmungen zu treffen u. s. w.

Uebernehmen die Gründer alle Aktien, so gilt mit der Uebernahme der Aktien die Gesellschaft als errichtet. — § 188 H. G. B.

Haben die Gründer nicht alle Aktien übernommen, so beruft das in § 195 bezeichnete Gericht eine Generalversammlung der in dem Verzeichnis aufgeführten Aktionäre zur Beschlussfassung über die Errichtung der Gesellschaft. § 192, Abs. I, H. G. B.

Also sowohl im Falle der Simultan- wie der Stufengründung scheidet der Gesetzgeber zwischen der Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages und der Errichtung der Gesellschaft. Diese Trennung ist eine Neuerung, die das Aktiengesetz von 1884 brachte. Es sollte bei Gründung einer Aktien-

gesellschaft vor allem das Statut festgestellt und damit verhindert werden, dass Zeichnungen erfolgten, bevor das Statut festgestellt war. — Mot. I, S. 140. — Denn auf diese Weise konnte sonst die Verpflichtung des Zeichners, ja selbst die Existenz der ganzen Gesellschaft in Frage gestellt werden. — Vgl. Staub zu § 182, Anm. I. — Ueber die materielle Bedeutung dieser Trennung herrscht Streit, insbesondere darüber, ob bereits diese Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages einen Vertragsabschluss enthält oder nicht.

1. Ueber die Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages.

Bei der Untersuchung der Gründungsvorgänge der Aktiengesellschaften sind stets zwei Fragen zu stellen:

1. Welche rechtliche Beziehungen werden durch Vornahme des betreffenden Rechtaktes unter den die Handlung vernehmenden Personen selbst hervorgerufen?

2. Welche rechtliche Bedeutung hat die Vornahme der Gründungshandlung für den künftigen Verein?

Das eine ist die individualrechtliche, das andere die sozialrechtliche Seite des Gründungsaktes. Die beiden Fragen sind stets im Auge zu behalten.

Man streitet darüber, ob die Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages einen Vertragsschluss in sich birgt. Bejaht wird dies von Petersen und Pechmann und von Behrend, verneint von den meisten übrigen Schriftstellern. (Citate siehe unten). Für uns handelt es sich hier lediglich um den Nachweis, dass die Feststellung des Inhaltes des Gesellschaftsvertrages, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag wirklich ein Vertrag wäre, einen Vertragsschluss im Hinblick auf die entstandene Aktiengesellschaft nicht darstellt.

Behrend § 100 führt aus:

„Die Feststellung des G. V. (Gesellschafts-Vertrages) ist zugleich Vertragsschluss. Mit derselben tritt eine vertragliche Gebundenheit der Gründer ein. Sie akzeptieren sich gegenseitig als beteiligt am Aktienunternehmen in Höhe der von jedem einzelnen übernommenen Aktien und erkennen sich zugleich in der ihnen durch das Gesetz beigelegten Gründereigenschaft an. Kein Gründer kann nach der Feststellung willkürlich zurücktreten oder seine Beteiligung auch nur teilweise zurückziehen. Die gegenteilige Annahme würde dem Art. 209 H. G. B. nicht entsprechen, auch könnte sonst jede andere Person ohne den Willen der bisherigen Gründer zum Mitgründer werden, wenn er ebenfalls in gerichtlicher oder notarieller Form eine Feststellungserklärung abgeben und

eine Aktie übernehmen würde. Haben die Gründer nicht schon vor der Feststellung in einem Vertragsverhältnis gestanden, so schafft jedenfalls der Feststellungsakt eine Gründergesellschaft." — Behrend § 100, Anm. I.

Dieser Ansicht ist entgegenzutreten. Es ist richtig, dass die Vertragsfeststellung eine Gründergesellschaft und insoferne eine vertragsmässige Gebundenheit unter den Gründern erzeugt, soferne die Gründer sich nicht schon vor dem Feststellungsakt zur Gründung der A.G. verbunden haben.

Aber in Hinsicht auf die werdende A.G. lässt sich keineswegs sagen, dass durch die Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages ein Vertrag erzeugt würde, der seine Wirkungen auch auf die registrierte A.G. erstreckte.

Staub — § 192 Anm. I — führt aus, dass zur Errichtung des G.V. eine Einigung über ein Doppeltes nötig wäre:

Einmal über die Höhe der Beteiligung der einzelnen Mitglieder, sodann über die Normen, welche für das Gesellschaftsleben massgebend sein sollen. Erst wenn über alle diese Punkte eine Einigung erzielt ist, ist die Gesellschaft im Sinne des Gesetzes errichtet. An und für sich ist es gleichgiltig, in welcher Reihenfolge sich die beiden obengenannten Essentialien des Gesellschaftsvertrages vollziehen, sie können sich, wie bei der Simultangründung, uno actu vollziehen. Werden sie getrennt, so hat der Gesetzgeber aus den früher angegebenen Gründen bestimmt, dass die Feststellung des Inhalts des G.V. als Grundlage des ganzen Gründungsherganges vor den übrigen Gründungshandlungen vorgenommen werden muss. In diesem Falle, meint Staub, ist es dann wie bei jedem anderen Vertragsschluss, dass dem Abschluss des Vertrages die Feststellung dessen, worüber man sich einigen wolle, vorausgehe. Diese Feststellung wäre ganz bedeutungslos, wenn nicht die Willenseinigung hinzutreten würde, kraft deren jeder Beteiligte sich zur Leistung gemäss der Feststellung verpflichten würde. Der festgestellte Vertragsinhalt sei daher nichts anderes als „der Rohstoff für den abzuschliessenden Gesellschaftsvertrag". — Lehmann-Ring § 182 No. 1 —. Es ist auch nicht richtig, wenn das Gesetz von der Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages spricht, denn nicht der ganze G.V. wird festgestellt, sondern nur ein Teil und nicht einmal der wesentlichste. Die Uebernahme der Aktien ist ebenso wichtig für die Entstehung der A.G. wie die Feststellung des Statuts; nur hat diese eine grössere, für die Allgemeinheit wichtigere Bedeutung, wie die Uebernahme des Grundkapitals. Gegen die Behrend'sche Ansicht würde daher, selbst wenn der G.V. überhaupt ein Vertrag ist, der Umstand sprechen, dass die

Feststellungshandlung ein Vertragsschluss ohne darauffolgende Willenseinigung wäre; ein Vertragsschluss ohne Willenseinigung ist aber überhaupt undenkbar. Das Gesetz spricht auch nicht von der Feststellung des G. V. wie Behrend, sondern von der Feststellung des Inhalts des Ges. Vertrages. Richtig ist es, dass unter den Gründern spätestens mit dem Feststellungsakt eine Gründergesellschaft geschaffen wird, dass diese durch die Feststellungshandlung untereinander in ein obligatorisches Verhältnis treten. Deswegen ist es auch unmöglich, dass in der von Behrend angegebenen Weise jemand durch Abgabe einer gerichtlichen oder notariellen Feststellungs- und Uebernahmeerklärung Mitglied der künftigen A.G. werden könnte. Dies könnte er im Stadium jenes Feststellungsaktes nur dann, wenn er in die Gründergesellschaft aufgenommen würde.

Uebrigens ist die Uebernahme des Grundkapitals ein Essentiale des Gesellschaftsvertrages, dieses Essentiale fehlt aber bei der Stufengründung im Augenblicke des Feststellungsaktes.

Damit ist jedenfalls das Eine nachgewiesen, dass der Feststellungsakt im Hinblick auf die entstandene Aktiengesellschaft, (also auf die sozialrechtliche Seite des Gründungsvorganges) einen Vertragsschluss nicht enthält.

Vgl. auch Völderndorff S. 73 f., Lehmann-Ring zu § 182, Makower zu 182 III, Pinner Anm. zu 182.

2. Ueber die Gründergesellschaft.

Durch die Feststellungshandlung wird, wenn sich die Gründer nicht schon früher durch Vertrag verpflichtet haben, eine A.G. ins Leben zu rufen, eine sogenannte „Gründergesellschaft“ geschaffen. Dieselbe ist eine handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft, eine nach den Vorschriften des B.G.B. zu beurteilende Societät. Die Statutsfeststellung wäre nicht möglich, wenn die Gründer unter einander diesen Gesellschaftsvertrag nicht abschliessen würden. Der Abschluss des G.V. ist ein unbedingter bei der Simultangründung, er ist bedingt bei der Stufengründung durch die Aufbringung des Grundkapitals; ist dies nicht möglich, so ist im Zweifel auch die Gründergesellschaft aufgelöst.

Zweck und Ziel dieser Gründergesellschaft ist es, einen selbständigen, von der Persönlichkeit der einzelnen Gründer losgelösten Organismus zu erzeugen, wobei jeder der einzelnen Gründer sich zum Mitglied macht. — R. Bd. 18 Seite 66.

Indem die Gründer zusammentreten und das Statut feststellen, verpflichten sie sich, gemeinsam tätig zu sein zur Herbeiführung aller Bedingungen, die nötig sind, um eine A.G.

ins Leben zu rufen. Eine solche Verpflichtung muss spätestens mit der Feststellungshandlung eintreten. Auch wenn keine besonderen Vereinbarungen getroffen werden, sind die Gründer doch zu den Handlungen verpflichtet, die das Gesetz von den Gründern als solchen fordert, denn mit der Vornahme der Feststellungshandlung haben die feststellenden Personen die Gründereigenschaft mit allen den Rechten und den Pflichten, die das Gesetz den Gründern beilegt, erworben. Solche Pflichten sind: Leistung der erforderlichen Einzahlung, Mitwirkung bei Erstattung des Gründerberichts und bei der Anmeldung, Annahme und Ablehnung von Zeichnungen u. s. w. Jeder Gründer hat gegen die Mitgründer einen Anspruch darauf, dass diese Mitwirkung erfolge.

Das Innenverhältnis dieser Gründergesellschaft regelt sich nach den Vorschriften des B. G. B. über die Gesellschaft, soweit die Gründer keine anderen Vereinbarungen getroffen haben. — Vgl. insbesondere Staub Exkurs zu § 342. — Jeder Gründer hat nach § 705 B. G. B. die Verpflichtung, zur Errichtung der A. G. mitzuwirken und alle damit zusammenhängenden Rechtshandlungen vorzunehmen. Die Gründer haften einander nach § 708 für die Sorgfalt, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen, im Zweifel können sie nur alle zusammen handeln, soweit nicht Bestimmungen entsprechend dem § 711 B. G. B. getroffen wurden u. s. w.

Der Vertrag darf insbesondere auch der erforderlichen Bestimmtheit nicht entbehren. Nach § 726 B. G. B. wird die Gründergesellschaft bei der Stufengründung als aufgelöst gelten, wenn das für die ins Leben zu rufende A. G. erforderliche Grundkapital nicht aufgebracht wird; denn der Gesellschaftszweck ist nicht erreichbar und die Gesellschaft daher innerhalb angemessener, eventuell vom Richter festzusetzender Frist aufgelöst. — Behrend § 100 Anm. 2.

Auch das muss verlangt werden, dass der Inhalt des beabsichtigten Statuts, insbesondere auch Höhe und die Art und Weise der Aufbringung des Grundkapitals beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages bekannt ist. Andere nebensächliche Bestimmungen, wie über Firma, Sitz der Gesellschaft, können hinterher getroffen werden. — Verwendbar für diese Ansicht ist auch R. O. H. G. 11, S. 379, R. G. 7 S. 265, 10 S. 325.

Ganz verfehlt aber wäre es, in dieser Gründergesellschaft die Grundlage der späteren Aktiengesellschaft zu erblicken dergestalt, dass diese Gründergesellschaft die Vorstufe der A. G. wäre und mit der Eintragung sich in die A. G. umwandeln würde. Die Gründergesellschaft hat lediglich Bedeutung für die Beziehungen der Gründer unter einander, durch sie werden

lediglich individualrechtliche Verhältnisse geschaffen. Diese können nach Gierke lediglich „adminikulierend“ wirken. bergen aber keineswegs den Keim der späteren A.G. in sich, — Gierke, Genoss. Theorie S. 129, Anm. II.

Insoweit individualrechtliche Verhältnisse geschaffen werden, ist allerdings die Gründungsgesellschaft für die künftige A.G. von Bedeutung, aber nur mittelbar. Denn alle Gesellschaftsverpflichtungen stehen den Gründern persönlich zu und sind der A.G. gegenüber ohne jede Wirkung. Allerdings haben die Gründer, wie später gezeigt wird, die Machtvollkommenheit, für den künftigen Verein im voraus Rechte und Pflichten zu begründen, ohne dass auch nur nachträglich die Zustimmung der A.G. einzuholen wäre. Dies beruht aber darauf, dass sie durch die Feststellung des Statuts die Gründereigenschaft und die damit verbundenen Rechte und Pflichten erlangen. Es ist dies die sozialrechtliche Seite der Statutsfeststellung — vgl. über die korporativen Funktionen der Gründer §§ 182, 188, 189 Abs. II, 191, 195 Z. 3, 199 Z. 3, über ihre etwaigen Sonderrechte: 186, über ihre Verantwortlichkeit: 202, 208 H.G.B. — Dies ist von grosser Bedeutung, denn damit hat die A.G. bereits im Entstehungsstadium ein Organ erhalten, dem Aufgaben zugewiesen sind, die für die entstandene A.G. deren gesetzmässige Organe, so insbesondere der Vorstand zu verrichten haben. Ueber die Rechtsfolgen, die sich aus dieser Gründereigenschaft herleiten, wie über den Rechtserwerb der A.G. aus den von den Gründern vorgenommenen Rechtsgeschäften, auch darüber, dass die Gründergesellschaft kein Verein ist, ist später zu handeln, — vgl. auch über das Gesellschaftsverhältnis unter den Gründern: Sydow Z. f. H.R. Bd. 19, S. 427 ff., Entscheidung des R.O.H.G. Bd. VI, S. 15 f., Bd. XX S. 207 ff., R.G. Bd. VII No. 33, S. 100 f.

3. Ueber die Aktienzeichnung.

Bei der Stufengründung folgt auf die Feststellungshandlung die Aktienzeichnung. Die materiellen Vorschriften enthält der § 189 H.G.B. Die Zeichnung erfolgt auf die Aufforderung durch die Prospektanten. Sie besteht in einer schriftlichen Erklärung des Zeichners, worin er sich für bereit erklärt, durch die Zeichnung Mitglied der künftigen A.G. zu werden, für den Fall, dass die Errichtungsversammlung die Errichtung mit der gesetzlichen Majorität beschliesst, sei es mit, sei es ohne, sei es selbst gegen seinen Willen und ohne seine Mitwirkung bei dieser Versammlung. Da aber die Mitgliedschaft ihren Inhalt durch den Aktienbeitrag erhält, so gibt der Zeichner den Bei-

trag, mit dem er sich beteiligen will, in der Zeichnung an. Verpflichtungen, die nicht in der Mitgliedschaft wurzeln, übernimmt der Zeichner damit nicht.

Die Zeichnung kann erfolgen:

1. Auf Grund einer besonderen Zusage und
2. auf Grund von Einladungen.

Nur in ersterem Fall erhält der Zeichner gegenüber dem anderen Teile einen Anspruch auf entsprechendes Mitgliedschaftsrecht event. auf Schadensersatz, wenn ihm dies nicht gewährt wird. Im zweiten Falle hat er einen solchen Anspruch mangels positiver Bestimmung nicht.

Nach der herrschenden Meinung enthält nun der Zeichnungsvorgang jeweils einen Vertragsschluss des Zeichners mit dem Prospektanten. Nach dieser Meinung und nach den Motiven zum Gesetz von 1884 — Begr. I S. 160 ff., II S. 104 — ist die Zeichnungserklärung eine Offerte an die Gründer, die von denselben durch die Anmeldung der Gesellschaft akzeptiert wird. § 195 H. G. B. Durch die Anmeldung erklären die Gründer in öffentlicher und feierlicher Form, welche Zeichnungen sie akzeptieren und mit welchen Zeichnern sie künftig Aktionäre sein wollen für den Fall, dass die Errichtungsversammlung die Entstehung der A. G. beschliessen wird. Es läge demnach ein Vertrag vor, dessen Wirkungen aufschiebend bedingt sind.

Behrend (§ 105, Anm.) nimmt sogar an, dass unter Umständen die Aufforderung zur Zeichnung bereits die Annahme der Zeichnung enthalten könne und dass in solchen Fällen schon die Aufforderung die Bedeutung eines Vertragsangebotes habe, welches durch die Zeichnung zur Annahme gelange.

Die Ansicht, wonach in der Zeichnung ein Vertrag liegt, ist unrichtig. An und für sich ist die Zeichnung überhaupt kein Vertrag, sondern ein einseitiger, auf Mitgliedschaft in der künftigen A. G. gerichteter, mit Pflichten und Rechten ausgestatteter Akt. R. G. Bd. XVIII, S. 664. Die Zeichnung ist ein den Zeichner einseitig bindendes Aufnahmegesuch um die Mitgliedschaft in der werdenden Aktiengesellschaft oder kürzer „ein einseitig bindendes Aufnahmegesuch". (Averbeck S. 9). Die Zeichnung ist ein Statusakt, vergleichbar dem Eintritt in ein Staats- oder Gemeindewesen, nur dass naturgemäss der pekuniäre Gesichtspunkt hier die übrigen Seiten zurücktreten lässt. Daher gehört die Zeichnung nicht in das Vertragsrecht, sondern in den die Rechtssubjekte betreffenden Teil des Systems. — Lehmann, Bd. I, S. 344. — Der Zeichner tritt mit der Akzeptation der Zeichnung seitens der Gründer in die werdende Kapitalgesellschaft als Mitglied ein. Als solches ist er dem verfassungsmässig im „körperschaftlichen Handeln" (Gierke)

zur Geltung kommenden Gesamtwillen der Kapitalgesellschaft unterworfen und hat zur Aufbringung des Gesellschaftsvermögens anteilsmässig — zum mindesten mit einem Anteil — beizutragen.

Dieser einseitige Akt der Zeichnung hat seinen Grund in der korporativen Natur des Gebildes, dem sich der Zeichner anschliessen will. Dabei gibt jeder Zeichner unabhängig von den übrigen Zeichnern die Erklärung ab, Mitglied des künftigen Vereins zu werden. Dieser Verein kann aber erst errichtet werden, wenn die nötige Anzahl von Zeichnungserklärungen vorliegt, bis dahin stehen die einzelnen Zeichner unter sich in gar keinem Zusammenhang. Falsch ist es, irgend ein sozietätsrechtliches Band unter den Zeichnern oder unter Zeichnern und Gründern anzunehmen. Nicht weil die Zeichner sich mit den Gründern oder die Zeichner unter einander sich sozietätsmässig obligiert haben, sondern weil sie durch „Gesamtakt" den übereinstimmenden Willen betätigt haben, Mitglieder der zu erzeugenden A. G. zu werden, kann die A. G. errichtet werden. Dabei äussert jeder Zeichner seinen Willen für sich und unabhängig von den anderen Zeichnungserklärungen.

Als Annahmeakt der Zeichnung seitens der Gründer kann nur ein Vorgang angesehen werden, der die Zeichner „unmittelbar in den Gründungshergang hineinzieht" (vgl. Averbeck S. 17), der auch im Hinblick auf die entstandene Aktiengesellschaft seine Wirksamkeit äussert. Als solcher Annahmeakt aber kann, wie Averbeck richtig ausführt, nur die Einladung zur Generalversammlung angesehen werden. Diese Einladung erfolgt bei der Stufengründung dann, wenn die Gründer nach der Zeichnung des Grundkapitals eine Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsrates berufen, § 190, Abs. 2 H. G. B. In der Aufforderung, an dieser Generalversammlung teilzunehmen, liegt die stillschweigende Erklärung der Gründer, mit den aufgeforderten Zeichnern zusammen ein Organ der künftigen Aktiengesellschaft bestellen zu wollen. Damit haben aber die Gründer auch zum Ausdruck gebracht, dass sie gemeinschaftlich mit diesen Zeichnern Mitglieder der künftigen Aktiengesellschaft sein wollen.

Was hier von der Zeichnung gesagt wurde, das gilt auch von der Uebernahme und von den Sacheinlagen der Gründer. Es handelt sich bei diesen Erklärungen um denselben rechtlichen Vorgang. Wenn die Uebernahme nicht in der Statutsfeststellung sondern in einer Zusatzverhandlung erfolgt, liegt der Gedanke nahe, dass die Uebernahme hier ein Sozietätsakt sei, da die Gründer vorher die Gründergesellschaft eingegangen

haben und die Uebernahme anscheinend in den Bereich dieser Sozietät fällt. Aber im Hinblick auf die A. G. ist sie nicht Sozietäts- sondern einseitiger Beitrittsakt. — Vgl. Lehmann a. a. O.

Die Uebernahme kann wohl die Erfüllung einer Sozietätspflicht darstellen, sie muss es aber nicht.

Auch die Zeichnung ist kein Vertrag mit den Prospektanten, sondern ein einseitiger Rechtsakt; denn nicht die Annahme der Zeichnung seitens der Gründer, sondern die Abgabe der Zeichnungserklärung als Bestandteil des auf Hervorbringung der A.G. gerichteten konstitutiven Gesamtaktes erzeugt die Verpflichtung des Zeichners. Sie entsteht mit seiner Unterschrift, allerdings als eine durch die Aufbringung des Grundkapitals bedingte. Die Gründer haben zwar massgebenden Einfluss auf die Zeichnung, sie bestimmen sogar, von welchem Zeitpunkt ab die Stellung des Zeichners eine feste wird, ob er überhaupt als Mitglied zugelassen wird, keineswegs aber verleihen sie das Mitgliedschaftsrecht durch Annahme der Zeichnungsofferte. Wenn man dies behauptet, so verwechselt man, wie Lehmann richtig bemerkt, „den Rechtsakt der Zeichnung mit dem Rechte auf Mitgliedschaft".

Das Recht aus der Zeichnung entsteht erst durch die Annahme d. i. mit der Einladung gemäss § 190, Abs. 2, H. G. B. seitens der Gründer. Von diesem Zeitpunkt an können die Zeichner jedenfalls nicht mehr willkürlich zurückgewiesen werden. Dagegen ist die Frage noch nicht entschieden, ob der Zeichner nunmehr eine ihm nicht mehr zu nehmende Anwartschaft auf die Mitgliedschaft in der künftigen A.G. erworben hat. Mit der Annahme haben sich die Gründer nur nach innen beschränkt, die definitive Mitgliedsproklamierung erfolgt erst in der konstituierenden Generalversammlung und dabei wirkt der Zeichner selbst mit. Bis dahin können die Gründer die Zeichner mit Wirkung nach aussen streichen, es kann dies sogar ihre Pflicht sein, so z. B. wenn die Zeichner die erforderlichen Einzahlungen nicht machen.

Niemals lässt sich demnach sagen, dass die Gründer über die Mitgliedschaft allein bestimmen, dass der Zeichner mit ihnen stets einen Vertrag abschliessen würde, auf Grund dessen er unbedingt das Recht hätte, Mitglied der A.G. zu werden. Darüber entscheiden nicht die Gründer, sondern die konstituierende Generalversammlung. Es ist also unrichtig, wenn die Zeichnung als Vertrag angesehen und ausschliesslich dem Vertragsrecht unterstellt wird. (Vgl. auch Averbeck S. 5).

„Vor dem Eintritt in die eigentliche Untersuchung der aufgeworfenen Fragen", sagt Averbeck in seiner Abhandlung

über das Wesen der Aktienzeichnung, „möchte ich als leitenden Grundsatz den Satz voranstellen, dass beim Versuche, das Wesen der Aktienzeichnung zu bestimmen, die Tatsache, dass gewisse auf gemeinem Civilrecht beruhende Rechtsverhältnisse aus dem Zeichnungsakte möglicherweise erwachsen können, ja auch ihn regelmässig als Accessorien begleiten, kein ausschlaggebender Faktor sein darf bei der Wesensbestimmung der Zeichnung, soweit es sich um sie als aktienrechtliches Institut handelt".

Jäger zu § 17, A. 4, K.O.: § 17 K.O. ist weder direkt noch analog anwendbar. Mit der Leistungspflicht des Gründers oder Zeichners korrespondiert nicht eine gegenseitige Pflicht der zukünftigen Aktiengesellschaft auf Gewährung der in den Aktien verkörperten Aktionärrechte. Denn diese Rechte werden gleichzeitig mit der Aktiengesellschaft existent, eine Verbindlichkeit kann also gar nicht erst zur Entstehung gelangen.

4. Die Errichtungshandlung.

Die Errichtung der Gesellschaft im Sinne des Gesetzes findet zu verschiedenen Zeitpunkten statt, je nachdem es sich um Simultan- oder Stufengründung handelt. Sie fällt bei der Simultangründung notwendig mit der Statutsfeststellung zusammen, wenn beides auch nicht uno actu geschehen muss.

Denn die Gründer übernehmen hier das ganze Grundkapital. Bei der Stufengründung gehen der Errichtung eine Reihe von Rechtshandlungen voraus, da nach der Feststellungshandlung die Zeichnung der Aktien erfolgen muss. § 189. Vgl. auch § 190, 192, 196 H.G.B.

Trotz der Errichtung aber besteht die A.G. vor der Eintragung in das H.-Register des Sitzes der Gesellschaft nicht.

Dies ist äusserlich betrachtet ein Widerspruch, denn eine errichtete Gesellschaft würde auch bestehen, wenn die Ausdrucksweise des Gesetzes wörtlich zu verstehen wäre. Man darf wohl mit Staub § 188 Anm. II sagen, dass mit den Worten „die Gesellschaft ist errichtet" lediglich das eine gesagt werden sollte, dass nunmehr alle Schritte, welche unbedingt nötig sind, damit die A.G. die rechtliche Anerkennung verlangen kann, getan sind und dass nunmehr auch von der staatlichen Behörde und damit von jedem Dritten die Anerkennung ihrer Existenz verlangt werden kann. Unter den künftigen Aktionären gibt es jetzt nichts mehr zu vereinbaren, was für die Entstehung der A.G. nötig wäre. Die getroffenen Vereinbarungen sind nur noch durch die Eintragung auszuführen. — Vgl. auch Cosak S. 561, Anm. — (Mit der Errichtung

wird lediglich ein nicht rechtsfähiger Verein geschaffen. [Darüber siehe später.])

2. Abschnitt.

Ueber die rechtliche Natur der Aktiengesellschaft vor der Eintragung insbesondere.

Einleitung.

Die Feststellung des Inhaltes des G. V. stellt, wie oben gezeigt wurde, im Hinblick auf den Entstehungshergang der A. G. einen Vertragsabschluss nicht dar; auch durch die Zeichnung wird eine der A. G. vorausgehende Sozietät nicht geschaffen. Es frägt sich nun, welches rechtliche Gebilde durch die sogenannte Errichtung der Gesellschaft hervorgerufen wird und was positiv die A. G. vor der Errichtung darstellt, insbesondere ob der vom Gesetz sog. G. V. (G. V. = Gesellschaftsvertrag) wirklich einen civilrechtlichen Vertrag darstellt.

Im Gesetz selbst finden wir hierüber lediglich eine negative Bestimmung, indem der § 200 H. G. B. vorschreibt, dass vor der Eintragung in das H.-Register die A. G. als solche nicht vorhanden ist. Damit will das Gesetz sagen, dass auf das vor diesem Zeitpunkt vorhandene Rechtsgebilde die Vorschriften des Gesetzes über die A. G., welche nach deren Eintragung gelten, keine Anwendung finden. Keineswegs aber ist und kann damit gesagt sein, dass die A. G. vor ihrer Eintragung eine rechtliche Würdigung überhaupt nicht finden soll, dass insbesondere auch alle Handlungen, die im Entstehungsstadium für die A. G. vorgenommen werden, jeder rechtlichen Wirksamkeit für diese entbehrten. Hat doch das Gesetz den ganzen Entstehungshergang der A. G. genau geregelt!

1. Ansichten aus der bisherigen Literatur.

In der Literatur stehen sich die Meinungen über diese Frage allerdings recht schroff gegenüber, Sozietät und embryonale Körperschaft sind die beiden Schlagworte in dem Streite.

Im Jahre 1879 beschäftigte sich Wiener in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 24 eingehend mit der Frage in dem Aufsatze „die Errichtung der A. G. und die Gründerverantwortlichkeit". Auch damals standen sich die Meinungen schon in scharfem Gegensatze gegenüber. Die einen nahmen an, dass unter den einzelnen Gründern und Zeichnern überhaupt kein Rechtsverhältnis entstehe. Ein jeder Zeichner für

sich erteile die Beteiligungszusage, der Aktienverein erwerbe die Rechte gegen die Zeichner aus deren Beteiligungszusagen an die Prospektanten, sei es, weil ihren Zusagen an sich diese Wirkung innewohne, sei es infolge einer angenommenen Vertretung der A.G. durch die Prospektanten oder auf Grund einer fingierten Cession der Letzteren. — Lit. siehe bei Wiener a. a. O., Anm. I.

Nach der anderen Auffassung entsteht eine von Zeichnung zu Zeichnung sich allmählich erweiternde Sozietät der Zeichner, die dann die Grundlage für die künftige A.G. bildet. Mit der Registrierung wandelt sich dieselbe in die Aktiengesellschaft um und das Sozietätsvermögen wird Aktiengesellschaftsvermögen. — Lit. siehe bei Wiener a. a. O., Anm. II. — Auf diesem Standpunkt stand damals auch die deutsche Praxis, ebenso auch das R.O.H.G. Es nahm an, dass der Konstituierung der A.G. „eine Gründungsgesellschaft, welche sich die Aufgabe stellt, ihre Konstituierung in Form der A.G. anzubahnen bezw. sich in die A.G. umzuwandeln, vorangehe — R.O.H.G. Bd. IV. S. 313, Bd. VII S. 271, Bd. XI S. 381. — Vgl. insbesondere auch Witte Z. f. H.R. (1865) S. 23—25.

Diesen Ansichten tritt Wiener entgegen wie folgt: das Gesetz hat selbst entschieden, was die Grundlage der A.G. ist. Die Art. 208, 209, 207, 209 a (die jetzigen §§ 210, 182, 178/79, 184/85) geben deutlich zu erkennen, dass das Gesetz als Grundlage der A.G. den abgeschlossenen G.V. ansieht. Dies kann aber kein Vertrag sein, durch den sich eine Anzahl von Personen erst zu der Aufgabe als einer gemeinschaftlich zu erfüllenden verbindet, eine A.G. ins Leben zu rufen, sondern nur ein Vertrag, durch dessen Abschluss die A.G., soweit Interessenvereinbarungen sie zur Entstehung zu bringen in Stande sind, entsteht. Als G.V. kann nicht erachtet werden die Summe von Verträgen, welche über die Beteiligungszusagen zwischen jedem Zeichner und den Prospektanten abgeschlossen werden, sondern nur — der Vertrag, der durch ihre Beiträge das Grundkapital Bildenden miteinander, durch welchen sie sich zu einem Personenverein auf der Grundlage jenes Kapitalvermögens verbinden, sich einander die für dieses Kapital erforderlichen Beiträge promittieren und die Organisation des Vereins festsetzen. Beruht aber die A.G. in dem Abschluss des Vertrages aller zum Grundkapital Beitragenden, so kann die A.G. ihre Rechte aus den Beiträgen nur aus diesem Vertrage schöpfen. Alle tatsächlichen Gründungshergänge sind daher nur unter dem Gesichtspunkte zu prüfen, ob durch sie der Aktiengesellschaftsvertrag abgeschlossen wird oder nicht. Ist dies nicht der Fall, so kann die A.G. aus ihnen auch keine Rechte schöpfen. Dass aber der A.G.-Ver-

trag diese Wirkung hat, ist durchaus verständlich. Die Beteiligten promittieren einander ihre Beträge zu dem zusammenzubringenden Vermögen und verabreden auf dieses Vermögen hin, in ihrer Gesamtheit einen Personenverein darstellen zu wollen. Der Wille der sich Beteiligenden geht dahin, in ihrer Gesamtheit ein selbständiges Rechtssubjekt darzustellen, welches durch besondere Organe handelt und als solches seine Rechte und Pflichten hat. Daher fallen die Rechte aus den Einlageverpflichtungen in das Herrschaftsgebiet dieses Rechtssubjektes, und von einer Succession kann keine Rede sein. Weder liegt ohne weiteres von Anfang an eine durch Hinzutritt neuer Zeichner sich allmählich erweiternde Gründungsgesellschaft, sei es nur zwischen Prospektanten, sei es zwischen diesen und den Zeichnern, vor, noch wird durch den G. V. eine Sozietät geschaffen, die sich durch die Eintragung in die A. G. umwandelt. Jeder der Zeichner will Kontrahent des gedachten G. V. sein, sofern sich nur die nötige Zahl der Teilnehmer findet, andernfalls will er überhaupt keine rechtliche Wirksamkeit seiner Beteiligungserklärungen. Eine Gründungsgesellschaft besteht nur unter denen, welche das Geschäft des Zustandebringens des G. V. zu einem gemeinschaftlichen machen. Bei der Errichtung eines Vertrages durch successive Beitritte wird aber niemand davon sprechen können, dass die Beitretenden eine sich allmählich erweiternde Sozietät bilden, um noch neue Kontrahenten zu gewinnen und den beabsichtigten Vertrag zu errichten. „Die A. G. ist vielmehr eine auf Grundlage eines Vertrages durch Eintragung entstehende juristische Person". Solange sie nicht entstanden ist, stehen die Interessenten nur im Verhältnis von Kontrahenten eines Vertrages, dessen Wirkungen noch ausstehen. Der Ansicht Wieners, dass die A. G. nicht Rechtsnachfolgerin einer Gründergesellschaft sei, hat sich auch das Reichsgericht angeschlossen. — Vgl. R. Bd. XX, S. 60.

Die Annahme, dass durch die Errichtung der Gesellschaft eine Sozietät geschaffen wird, findet sich insbesondere bei Staub § 188, Anm. II. Es heisst dort, das Rechtsgebilde, welches von der Errichtung ab besteht, ist eine Gelegenheitsgesellschaft, eine bürgerliche Sozietät, deren Mitglieder einander verpflichtet sind, die zur Eintragung erforderlichen Akte vorzunehmen.

Für diese Gesellschaft gelten bis zur Eintragung keineswegs die korporativen Bestimmungen des G. V. weder nach aussen noch nach innen. Diese Bestimmungen sollen erst mit der Eintragung gelten. Dass nach § 197 H. G. B. gewisse korporative Bestimmungen trotzdem Anwendung finden, ist

mit dem Charakter der Sozietät nicht unvereinbar. Ein nicht rechtsfähiger Verein, wie das z. B. Mackower S. 389 annimmt, liegt deswegen nicht vor, weil ein solcher auf längere Dauer begründet und dazu bestimmt sein müsste, dauernd als solcher in den Rechtsverkehr zu treten. Hier liegt nur eine vorübergehende Personenvereinigung vor, deren Zweck es ist, die persönlichen und realen Substrate zu schaffen, die erforderlich sind, um eine wirkliche Korporation zu bilden. Eine Gesellschaft mit solchem beschränkten Zwecke ist kein nichtrechtsfähiger Verein, sondern eine Gelegenheitsgesellschaft des bürgerlichen Rechts. Die Frage kann übrigens nur für die Parteifähigkeit im Prozesse praktisch werden. § 50 C.P.O.

Eine dritte Richtung schliesst sich an die von Gierke mit besonderem Nachdruck vertretene, von Beseler begründete Theorie an, die in der Körperschaft eine reale Gesamtperson sieht. (Die Körperschaft hat eine selbständige Persönlichkeit, welche sie als ein eigenes Rechtssubjekt verschieden von der Gesamtzahl ihrer einzelnen Mitglieder erscheinen und im Rechtsleben sich betätigen lässt. Beseler, D. Pr. R. S. 262). Von dieser Theorie muss hier etwas eingehender gesprochen werden, da auch wir sie für richtig halten.

Gierke trennt bei der Beurteilung der für die Entstehung juristischer Personen wirksamen Rechtsvorgänge die Frage nach dem Dasein des die Persönlichkeit anerkennenden Rechtssatzes und nach der Erzeugung des kraft dieses Rechtssatzes als Person geltenden Lebewesens. Der Staat leistet als Rechtsorgan bei der Entstehung juristischer Personen Dienste, er kann auch als lebendes Machtwesen bei der Entstehung derselben mitwirken. Dem Staat als Rechtsorgan allein gebührt die Entscheidung darüber, ob etwas die Eigenschaft eines Rechtssubjektes hat oder nicht. Wenn daher der Staat Rechtssubjektivität beilegt, so produziert er niemals unmittelbar ein Rechtssubjekt, sondern er schafft entweder, oder konstatiert einen Rechtssatz, welcher das Dasein eines Rechtssubjektes bejaht.

Hat aber so das Recht die Macht, die Eigenschaft der Rechtssubjektivität zu erzeugen, so ist es doch nicht im Stande, die tatsächlichen Grundlagen hiezu zu schaffen, es empfängt vielmehr die von ihm mit Persönlichkeit bekleideten Willensträger von aussen. Das Werden des menschlichen Individuums ist der Rechtsordnung ganz entzogen, wohl aber haben die Vorgänge, welche eine Verbandseinheit ins Leben rufen, eine rechtliche Seite. Doch liegt darin nicht das Schöpfungsmoment, sondern nur in der lebendigen Energie und freien Selbstbestimmung des Willens.

Danach gehört zur Entstehung der juristischen Personen ein von der Deklaration ihrer Persönlichkeit verschiedener Akt, dessen Wesen „in der Hervorbringung eines von den Individuen gesonderten Trägers menschlicher Willensmacht“ beruht. Der Staat kann eine derartige Tätigkeit ebenfalls entfalten. Diese ist aber dann von seiner Tätigkeit als Rechtsorgan scharf zu trennen. Er kann sich das Recht, juristische Personen zu schaffen, selbst vorbehalten und die anderen Träger öffentlicher und privater Willensmacht lediglich auf die Mitwirkung bei dieser Tätigkeit anweisen, für sich selbst aber das Monopol der Konstituierung der Verbandseinheiten vorbehalten. Der deutsche Staat hat dies niemals getan, trotzdem er die gesellschaftliche Willensbildung in mannigfache Abhängigkeit von sich brachte, sei es, dass er die Verbandsschöpfung an seine Genehmigung band, sei es, dass er durch Verbot gewisser Verbände Schranken setzte, sei es auch, dass er die Schöpfung gewisser Verbände dadurch förderte, dass er ihnen besondere Vorteile in Aussicht stellte. Wenn er auch besondere Genehmigung sich nicht vorbehielt, so konnte er doch die Einhaltung gewisser Normativbestimmungen oder die öffentliche Kundmachung fordern und davon bald die rechtliche Existenz, bald nur eine bestimmte rechtliche Stellung abhängig machen. Niemals kann man aber in derartigen Handlungen die Erzeugung juristischer Personen seitens des Staates erblicken.

Es ist in unserer Rechtsordnung gewöhnlich ein allgemeiner Rechtssatz oder ein Gewohnheitsrecht vorhanden, auf welchem die juristische Persönlichkeit der neu zu bildenden Gesamtperson beruht. Die Körperschaft findet gleich dem neugeborenen Menschen eine von der Rechtsordnung vorbereitete Stätte vor. Nur genügt nicht immer wie bei Menschen die Tatsache der Geburt, sondern die Rechtsordnung verlangt eine legitime Geburt. Es müssen bestimmte, vom Gesetz aufgestellte Erfordernisse erfüllt und auch in einer von ihm vorgeschriebenen Form festgestellt sein, damit der Verband von ihr als Person anerkannt wird und als solcher gilt. Sobald aber diese Erfordernisse erfüllt sind, besteht der Verband „von Rechtswegen als juristische Person bezw. als eigentümlich qualifizierte juristische Person“. Was staatliche Behörden dabei noch leisten, wenn sie z. B. feststellen, dass die vom Gesetz aufgestellten Erfordernisse erfüllt seien, dies vielleicht öffentlich bekannt machen, hat stets nur deklaratorische und niemals konstitutive Bedeutung. Der Staat erzeugt hier nicht, sondern er stellt blos fest, er deklariert durch seine Organe. Wenn also der Richter bei der A. G feststellt, dass die vom Gesetz aufgestellten Normativbestimmungen richtig erfüllt sind, wenn er die A. G. als solche

in das H. Reg. einträgt, so verleiht er damit nicht erst derselben die juristische Persönlichkeit, sondern er stellt lediglich fest, dass die Vorschriften, welche zur Entstehung der A. G. nötig sind, erfüllt sind. Dem steht auch der § 200 H. G. B. nicht entgegen, denn er sagt nicht, dass die A. G. überhaupt nicht vorhanden ist vor der Eintragung, sondern er sagt blos, dass die A. G. als solche nicht vorhanden ist. Damit soll lediglich die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über die A. G. auf die noch nicht eingetragene A. G. verboten werden.

Alle neu entstehenden juristischen Personen, ebenso auch die A. G. verdanken ihre Geltung daher durchweg allgemeinen Rechtssätzen und werden durch Handlungen des Staates, von denen ihre Geltung abhängig gemacht wird, nicht geschaffen sondern lediglich als vorhanden deklariert. Es ist daher die Annahme falsch, dass vor diesem Zeitpunkt nur individualrechtliche Verhältnisse bestehen, vielmehr würdigt die heutige Rechtsordnung die Vorgänge, welche ein zu juristischer Persönlichkeit berufenes Wesen hervorbringen, als den Werdeprozess des von ihr anerkannten Rechtssubjektes. Es sind daher alle diese Vorgänge nach Massgabe ihrer konstitutiven Bedeutung dem Gesichtspunkte des Sozialrechtes zu unterstellen.

Geschieht dies, so schwinden alle Schwierigkeiten, welche bei der Konstruktion der dem Gründungsstadium angehörigen Rechtsverhältnisse aus dem Mangel der juristischen Persönlichkeit zu erwachsen scheinen. Denn wenn das Recht die noch nicht existente Person als werdende anerkennt, dann versteht es sich von selbst, dass dieser Zustand ebenso wie der embryonale Zustand des Menschen rechtliche Wirkungen äussern kann. Es steht also das Nichtvorhandensein der Rechtspersönlichkeit nach aussen hin keineswegs der Begründung von Rechten und Pflichten für die künftige Gesamtperson im Wege, dieselben bleiben eben einstweilen in Schwebe. Andererseits kann nach innen die im Werden begriffene Person als beherrschendes Zentrum der entsprechenden rechtlichen Vorgänge und Beziehungen zur Geltung kommen.

2. Die Vereinserrichtung überhaupt.

Einleitung.

Die eingetragene A. G. ist eine juristische Person. Dies ist die Ansicht der herrschenden Meinung und folgt auch aus dem § 210 H. G. B., der bestimmt, dass die A. G. als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten habe. Es spricht dafür weiter der § 178 H. G. B., der die persönliche Haftung der Aktionäre ausdrücklich verneint, die Ansicht wird schliesslich

durch § 6, Abs. 2 H. G. B. bestätigt, der in Hinblick auf die A. G. von Vereinen spricht. Desgleichen geht aus § 22 B. G. B. hervor, dass auch diejenigen Vereine wirtschaftlichen Charakters, welche ihre Rechtsfähigkeit anders als durch staatliche Verleihung erlangen, gleichwohl rechtsfähige Vereine im Sinne des B. G. B. sind.

Die gegenteilige Ansicht, die insbesondere von Meurer vertreten wird und die in der A. G. keine juristische Person, sondern lediglich eine Gesellschaft mit formeller Rechtsfähigkeit erblickt, wird der Struktur des Gesetzes nicht gerecht und hat auch in der Literatur wenig Anhänger gefunden. — Meurer S. 98 ff., Giercke V. o. R. S. 6. Anm. II c.

Auch die Frage, inwieweit das Recht des B. G. B. auf die A. G. Anwendung finden kann, mag hier kurz berührt werden. Nach Art. 2 E. G. z. H. G. B. kommen die Vorschriften des B. G. B. in Handelssachen nur insoweit zur Anwendung, als nicht im H. G. B. oder im E. G. dazu ein anderes bestimmt ist. Die A. G. ist nun eine juristische Person. Folglich kommen die Vorschriften des B. G. B. über juristische Personen §§ 22 ff. auf die A. G. insoweit subsidiär zur Anwendung, als sich im H. G. B. Bestimmungen nicht finden und die Anwendung des bürgerlichen Rechtes mit dem Wesen und der rechtlichen Natur der A. G. in Einklang steht, soweit „aktienrechtliche Gesichtspunkte nicht im Wege stehen". — Staub S. 542, Anm. 9 B., Staudinger I, S. 128 IV 2 dort auch weitere Literaturangaben, Pinner S. 3, Rehbein S. 37, Anm. 2a.

A. Die Vereinserrichtung überhaupt.

Auch das B. G. B. kennt gewisse Vereine, für die es Normativbestimmungen aufgestellt hat und die die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in ein Register, das Vereinsregister, erlangen. Nach dem B. G. B. erwerben Vereine die Rechtsfähigkeit entweder durch Eintragung ins V. Reg. oder durch Verleihung seitens des Staates oder des Bundesrates oder durch Anerkennung seitens desselben. — §§ 21, 22, 23, Art. 10, Abs. II (E. G. z.) B. G. B. — Die Begründung der Rechtsfähigkeit der Vereine durch blosses Dasein einer körperschaftlichen Verfassung hat das B. G. B. abgelehnt.

Hier interessiert uns lediglich die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Eintragung. — System der Normativbestimmungen.

Es wird die Rechtsfähigkeit einer Personenorganisation anerkannt auf Grund der Erfüllung bestimmter vom Gesetz aufgestellter Anforderungen und der Eintragung in ein öffent-

liches Register. Dieses System gilt in Deutschland nach Reichsrecht für die A.G., G. m. b. H. und solche Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, welche die Rechtsstellung einer eingetragenen Genossenschaft erlangen wollen. Es gilt das System auch nach Landesrecht, für einzelne andere Klassen von wirtschaftlichen Genossenschaften, so in Bayern für alle nicht auf Erwerb oder Geschäftsbetrieb gerichteten Vereine. — Giercke, D. Pr. R. § 489 E. z. B.G.B. Art. 164, 165.

Das B.G.B. folgt dem System hinsichtlich der Vereine, „deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist", — § 21 B.G.B. — allerdings mit gewissen Modifikationen in Bezug auf politische, sozialpolitische und religiöse Vereine — § 61, 62, 63 B.G.B.

Auch diese Vereine des B.G.B. müssen errichtet sein, ehe ihre Eintragung ins V.Reg. vorgenommen werden kann. Diese Vereinserrichtungshandlung aber kann niemals dem Vertragsrechte sondern nur dem Sozialrechte angehören, durch Verträge können nur individualrechtliche Verhältnisse geschaffen werden, die bei der Errichtung „adminikulierend" — Giercke — wirken, keineswegs aber die Grundlage für die Errichtungshandlung bilden. Dieselbe ist vielmehr stets ein einheitlicher, dem Sozialrechte unterstehender und nach körperschaftlichen Prinzipien bereits zu beurteilender Gesamtakt. Die Personengemeinschaft, die durch Vertrag begründet wird, ist die Gesellschaft, zwischen Gesellschaft und Verein aber besteht ein gewaltiger Unterschied.

Die Erlangung der Rechtsfähigkeit setzt stets das Bestehen eines Vereins voraus (von Stiftungen und Anstalten abgesehen); ein erst zu gründender Verein kommt für die Erlangung der Rechtsfähigkeit weder bei der Eintragung noch bei der Verleihung in Frage. Der Verein muss bereits als solcher bestehen und nicht als Gesellschaft, d. h. er muss den Willen, als besonderes einheitliches Ganzes sowohl den Mitgliedern gegenüber als auch im Verkehr mit Dritten aufzutreten, durch Annahme einer Einrichtung betätigt haben, welche die Aeusserung eines Gesamtwillens ermöglicht und einen vom Wechsel der Mitglieder unabhängigen Bestand gewährleistet. — Vgl. Dr. Hahn in J.W. 1902 S. 504. — Dass dies aber keine Gesellschaft sein kann, ist selbstverständlich. Es steht den Gesellschaftern frei, falls sie die hiezu nötigen Voraussetzungen erfüllen, sich die Rechtsgestaltung einer juristischen Person zu verschaffen, jedoch nicht im Sinne einer blossen Ueberleitung, sondern in Form einer vollen Neubegründung, es ist eine förmliche Errichtung des Vereins nötig. — Staudinger S. 599 B. 1.

Der Vereinsbegriff ist vom B.G.B. nicht definiert. — Ueber Sprachgebrauch und Bedeutung des Wortes vgl. Staudinger

I. S. 122, I. 1. Sicher ist jedenfalls, dass das B.G.B. rechtsfähige und nichtrechtsfähige Vereine kennt und dass sich der Verein von der Gesellschaft des B.G.B. wesentlich unterscheidet. Rechtsfähige und nicht rechtsfähige Vereine haben dieselbe korporative Substratsbildung, der sich die Gesellschaftsform gegenüberstellt. — Mat. I 638, 830. — Meurer S. 63. — Im vulgären Sprachgebrauch wird das Wort Gesellschaft für die Bezeichnung des Vereins mehrfach gebraucht, dem Sprachgebrauche folgt öfters auch das Gesetz; man denke nur an das Wort Aktiengesellschaft. Umgekehrt aber kommt ein Gebrauch des Wortes „Verein" zur Bezeichnung der Gesellschaft nicht vor. — § 21 ff. 705 f. B.G.B., § 50, 735, 736 C.P.O. Staudinger I. S. 123, Anm. II.

Dass zwischen Verein und Gesellschaft ein wesentlicher Unterschied bestehe, wurde schon in der zweiten Kommission zum Ausdruck gebracht, als man darüber stritt, ob der Verein den Grundsätzen des Gesellschaftsrechtes unterstellt werden sollte. Der Unterschied wurde damals dahin präzisiert, dass es sich bei den Gesellschaften um die Vereinigung einer geringeren Anzahl von Personen meist zu einem vorübergehenden wirtschaftlichen oder Erwerbszweck handle, dass die Vereine dagegen einen grösseren Bestand von Mitgliedern hätten und meist dauernde, nicht wirtschaftliche sondern mehr ideale oder der Geselligkeit oder Erholung gewidmete Zwecke verfolgten. Für den Bestand der Gesellschaft sei ferner die Individualität ihrer Begründer derart wesentlich, dass in Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung das Ausscheiden eines Mitgliedes die Auflösung der Gesellschaft zur Folge habe; bei den Vereinen trete dagegen Individualität der Begründer meist völlig zurück und werde der Bestand und die Fortdauer des Vereins durch einen Wechsel der Mitglieder in keiner Weise berührt. Diesem wesentlichen Unterschied, der nach der Auffassung des Lebens und des Verkehrs zwischen Gesellschaft und Verein tatsächlich bestehe, müsse der Gesetzgeber durch Aufstellung verschiedener Rechtsformen Rechnung tragen. — Prot. 2488, Mat. I 639.

Diese Begriffsbestimmung legt das Hauptgewicht auf die Frage der Geschlossenheit, allein der Unterschied ist ebenso wenig durchschlagend, wie auch das entscheidende Kennzeichen nicht in der Beschaffenheit des Zweckes oder darin liegen kann, dass der Verein einen besonderen Vereinsnamen hat. — Giercke V.o.R. S. 10. A.M. Staudinger, das Vereinsrecht nach B.G.B. Erlangen 1897. D.J.Ztg. V. S. 377. Meurer S. 69, Staudinger I S. 125 B. — Als unentbehrlich für den Vereinsbegriff wird man einen vom Wechsel der Mitglieder unabhängigen Bestand des Vereins bezeichnen dürfen, wenn auch

bei der Gesellschaft die Fortdauer der Gesellschaft beim Wechsel der Gesellschafter vereinbart werden kann. — Hölder Kom. S. 169, 170, Plank I S. 103 Z. 2, Prot. 2497, Mat. I. 642.

Das entscheidende Kriterium wird jedoch mit Giercke darin zu finden sein, dass beim Verein eine ihrem Gesamtinhalte nach als Körperschaftsverfassung erscheinende Einrichtung vorhanden sein muss. „Ein Verband ist ein Verein, wenn er so organisiert ist, dass er seinen Mitgliedern als besonderes einheitliches Ganzes gegenübertritt und im Verkehr als solches sich gibt und genommen wird, mit anderen Worten, ein nicht rechtsfähiger Verein ist eine von der Rechtsordnung nicht als Körperschaft anerkannte Körperschaft, ein Gebilde, das Körperschaft wäre, wenn das System der freien Körperschaftsbildung gelten würde. — Giercke a. a. O. S. 11, 12, Endemann 8. Aufl. I S. 203, Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 294, Rehbein Kom. I. S. 39 f. Meurer S. 59—70, dessen Wiederlegung bei Giercke a. a. O., siehe dort auch weitere Literaturangaben. —

Zwischen Gesellschaft und Verein ist also ein Unterschied; dies zeigt sich auch bei ihrer Gründung. Die Gesellschaft wird durch den Gesellschaftsvertrag gebildet, indem sich die Gesellschafter gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere Beiträge zu leisten. Grundlage ist ein Vertrag. Die Gesellschaft ist ein durch Vertrag zwischen mehreren bestimmten Personen begründetes obligatorisches Verhältnis zu einem bestimmten meist wirtschaftlichen Zwecke. Subjekt von Rechten und Pflichten im Verhältnis zu einander und zu dritten sind diese bestimmten Personen.

Dagegen wird der Verein nicht durch Vertrag, sondern durch einseitigen Gesamtakt gegründet. Der Begriff des Gesamtaktes wurde von Joh. E. Kuntze in der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Müller (14. V. 1892) in der Abhandlung: „Der Gesamtakt ein neuer Rechtsbegriff“ des näheren untersucht. Auf diese Darstellung wird hier Bezug genommen, wenn auch den Schlussfolgerungen Kuntze's auf die Errichtung der A. G. nicht in allem beigestimmt werden kann. — (Unrichtig ist vor allem seine Auffassung von der Aktienzeichnung). Kuntze stellt dem Vertragsbegriff den Begriff des Gesamtaktes gegenüber, um dann seinen Begriff an der Errichtung der A. G. und des Bundesstaates zu erproben. Schon äusserlich scheidet sich nach ihm der Gesamtakt vom Vertrag dadurch, dass in die Figur des Gesamtaktes (Ges. A.) eine beliebige Zahl von Teilnehmern eintreten kann. Der Vertrag dagegen, auch der synallagmatische Vertrag, ist seiner

Natur nach auf zwei Parteien, die einander gegenüberstehen, angelegt und beschränkt. (K. S. 31). Die Gesamtakt-Beteiligten stellen sich einander nicht gegenüber, wie Vertragsparteien, sondern neben einander. Sie kommen zwar auch von individuellen, aber nicht von entgegengesetzten, sondern von entsprechenden und gleichartigen Ausgangspunkten her, nehmen also nicht den Parteistandpunkt ein, sondern sie haben einen gemeinsamen, ja identischen Ausgangspunkt. Beim Vertrag ist das Zusammenwirken ein ungleichartiges, beim Gesamtakt ein gleichartiges. S. 13 f.

Gemeinsam ist dem Vertrag und dem Gesamtakt, dass sie auf die Vereinigung mehrerer Willen zielen. Der Unterschied zwischen beiden liegt in der Art und Wirkung der Willenseinigung. Die Willensbindung ist dem Vertrag eigen, dem Gesamtakt aber fremd. Die Willensbindung kann dem Vertrag nicht fehlen, andernfalls kommt ein Vertrag überhaupt nicht zu Stande. Der Vertrag zu Gunsten dritter hat nur insofern eine Besonderheit, als er auf einer Rechtswirksamkeit ausserhalb der Vertragschliessenden abzielt und dies mit dem Ges. A. gemein hat. Der Ges. A. unterscheidet sich nämlich vom gewöhnlichen Vertrag durch den Willensinhalt, nämlich, der Rechtswirkung bei einem Dritten, während der Vertrag, ausgenommen der Vertrag zu Gunsten Dritter, eine Rechtswirkung unter den Beteiligten bezweckt. „Der Ges. A. ist ein Rechtsgeschäft, sei es ein einseitiges oder zweiseitiges, er ist ein Zusammen- oder Nebeneinander-Handeln Mehrerer zur Erzielung einer einheitlichen Rechtswirkung im Verhältnis zu Dritten . . . Er ist ein Rechtsgeschäft, an welchem mehrere sich beteiligen, ohne sich gegenseitig zu binden, aber um eine von Allen gewollte einheitliche Gesamtwirkung Dritten gegenüber hervorzubringen. Er ist eine rechtsgeschäftliche Beteiligung Mehrerer, welche nicht als Parteien sich gegenüberstehen, sondern zusammen eine Partei bilden . . . . Die mehreren Teilnehmer stehen nicht als Parteien einander gegenüber, sondern sie verhalten sich als Parteigenossen zu einander". — Kuntze Definition S. 47.

Ges. A. und Vertrag sind demnach zweierlei, aber sie können trotzdem in verschiedener Weise eine Verbindung eingehen; es können sich die, welche den Gesamtakt beabsichtigen, verpflichten, zum Zwecke des Zustandekommens des Gesamtaktes gewisse Leistungen zu machen u. s. w. In diesen Fällen gesellt sich der Vertrag zum Ges. A. hiezu, doch erscheinen Ges. A. und Vertrag als getrennte Grössen, die nur eine freie äusserliche Verbindung eingehen. — Gierckе's Unterscheidung von individualrechtlicher und sozialrechtlicher Seite der Gründungshandlungen!

Zur Entstehung einer Körperschaft bedarf es nun der Erzeugung eines zum selbständigen Dasein geeigneten Gemeinwesens und der Anerkennung desselben als Verbandsperson. „Die Vereine und Stiftungen sind das Substrat oder der Personenverband, welcher mit Rechtsfähigkeit ausgestattet wird." — Meurer S. 110. — Es muss aber ein wirklicher Verein vorliegen, welcher der Struktur der juristischen Persönlichkeit keine Schwierigkeiten bereitet, also nach erhaltener Rechtsfähigkeit in seiner inneren Konstitution kein Hindernis zur Betätigung der Rechtsfähigkeit findet. — Meurer S. 211 f. — vgl. auch Mat. I S. 88, Mat. I 700. Erforderlich ist also für Gründung eines Vereins:

1. ein persönliches Substrat: dies wird gebildet durch eine Mehrzahl von Personen, die den künftigen Verein bilden wollen, für gewisse Körperschaften auch

2. ein unpersönliches Substrat. So brauchen die Kapitalgenossenschaften wie A.G., G. m. b. H., e. Genoss. ein bestimmtes Grundkapital. — Gierke Pr.R. S. 484.

Die so gegebenen Elemente müssen, damit ein vom Gemeinwillen beseelter Organismus entstehe, zu einem einheitlichen Ganzen verbunden und als Einheit organisiert werden. — Gierke a. a. O. S. 485. — Dies geschieht aber mit der sogen. Errichtung des Vereins, dem Abschlusse der Vereinsgründung. Die Gründung erfolgt aber nicht in einem sogen. Gründungsvertrag, der das Statut des zunächst noch nicht rechtsfähigen Vereins und damit letzteren selbst ins Leben ruft, es handelt sich nicht um einen von den Vertragsbestimmungen des bürgerlichen Rechtes beherrschten Vorgang, — Vgl. Meurer S. 412 — sondern um einen schöpferischen Gesamtakt, einen sozialrechtlichen Konstitutivakt. Dieser Ges.A. kann sich aus einer Menge von Einzelhandlungen zusammensetzen, die als solche vielleicht ganz vom Vertragsrecht beherrscht werden, diese Einzelhandlungen haben insbesondere beim System der Normativbestimmungen zum Teil gesetzliche Regelung gefunden, so bezüglich ihrer Reihenfolge, der Form, des notwendigen Inhaltes Aber alle diese Einzelhandlungen werden beim Vereinserrichtungsbeschluss zu einem einheitlichen Ganzen, zu dem Ges.A. zusammengefasst, indem sie ihre Existenz als Einzelhandlungen verlieren und in diesem Konstitutivakt als wesentliche Bestandteile desselben aufgehen. Darum wird aber auch das Gründungsstadium, das oft einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt, in allen auf das Werden der Körperschaft gerichteten Vorgängen bereits von körperschaftlichen Normen beherrscht, sodass man der Körperschaft gewissermassen ein Vorleben vor der Geburt zuschreiben kann.

„Der naheliegende und seit alter Zeit übliche Vergleich dieses Vorlebens mit dem embryonalen Vorleben des Menschen ist geeignet, die blos präparatorische Natur des Gründungsstadiums zu verdeutlichen". — Giercke Pr.R. S. 486, Anm. 18; gegen ihn: Meurer S. 212, Anm. 1.

Wenn sonach mehrere Personen zusammentreten um einen Verein zu gründen, so nehmen sie einen schöpferischen Ges. A. vor und schliessen keinen Vertrag unter einander ab. Es kann geschehen, dass sie ohne Vorbereitung und Verabredung sämtliche in rascher Folge bei persönlicher Gegenwart den Ges. A. vollziehen, indem sie den Errichtungsbeschluss fassen. Es kann aber auch sein, dass es längerer Vorbereitung bedarf um die individuellen Entschliessungen zusammenzubringen. Zur Anbahnung des schliesslichen Konstituierungsaktes gehört vielleicht ein erheblicher Kostenaufwand. Es ist vielleicht vorher noch rechtlichen Erfordernissen Genüge zu leisten. In solchen Fällen wird es meist angezeigt sein, dass die Interessenten behufs Sicherung des Gesamtergebnisses in eine Rechtsgemeinschaft eintreten, indem sie gegenseitig Verbindlichkeiten übernehmen. (Gründergesellschaft!)

Das entscheidende und zusammenfassende Moment liegt aber stets im Errichtungsbeschluss, der alle vorausgegangenen Handlungen zu einem Ges. A. zusammenfasst, er allein kann daher die Grundlage für den geschaffenen Rechtserfolg bilden. Die beim Ges. A. mitwirkenden Personen treten dabei nicht als Kontrahenten einander gegenüber und suchen jeder für sich eine möglichst günstige Position zu erlangen, vielmehr streben sie alle demselben Ziele zu: den beabsichtigten Verein zu errichten. — Vgl. auch Staudinger I, S. 124, 1. II B. Becker II. § 94, S. 87, Anl. I „wenn die Mitglieder eines Majoritätsverbandes durch ihre übereinstimmenden Willenserklärungen beschliessen, so besteht deshalb (wegen dieser erklärten Uebereinstimmung und abgesehen von dem Falle, wo sie sich vorher gegeneinander gebunden hatten, so übereinstimmend zu beschliessen), ein Vertragsverhältnis unter ihnen nicht". — Engelmann § 36, S. 98: „verpflichten sich mehrere Personen zur Erreichung eines Erfolges, an welchem sie alle das gleiche Interesse haben, so ist ein Ges. A. vorhanden. Solche Ges. Akte werden insbes. gefordert zur Schöpfung eines neuen Rechtssubjektes, eines Vereins. Daher liegt auf dem Gebiet des Völkerrechts ein Ges. Akt vor, wenn mehrere selbständige Staaten einen Bundesstaat ins Leben rufen und auf dem Gebiete des Privatrechtes, wenn durch Zusammentreten mehrerer Personen eine Körper-

schaft z. B. eine Aktiengesellschaft gegründet wird". Vgl. dens. auch S. 60, Abs. 3.

Giercke Genossensch.-Theorie S. 133 f., Pr.R. S. 486 f., Rehbein Kom. I, S. 41, Karlowa in Grünhuts Zeitschr. für das Privat- und öff. Recht, Bd. XV. S. 405, gegen ihn Meurer S. 213; Kosak II, S. 390; Crome I, 259; Mathias III. Aufl. I 129; Meurer S. 212, Anm. 1.

B. Die Errichtung der Aktiengesellschaft.

Prüfen wir nun unsere Ausführungen an der Hand der Bestimmungen des H.G.B. Das H.G.B. nennt als Grundlage der A.G. den Gesellschaftsvertrag. Allein die A.G. ist keine Gesellschaft und der Ges.-Vertrag kein Vertrag, sondern Verfassung, und die juristische Person wird nicht durch Vertrag, sondern durch Gesamtakt ins Leben gerufen. Für die juristische Konstruktion ist es denn auch belanglos, wenn das Gesetz von einem Ges.-Vertrag spricht. Die Ausdrucksweise ist ein Ueberrest der alten Anschauung über den Entstehungshergang der A.G. Das alte H.G.B. enthielt, wie schon oben erwähnt, überhaupt keine Bestimmungen über die Gründung der A.G., man hielt auf der Nürnberger Konferenz die allgemeinen Bestimmungen des Vertragsrechtes für massgebend und ausreichend. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht hat sich jedoch alsbald herausgestellt und die Gesetzgebung von 1884 traf, nachdem schon die Novelle vom 11. VI. 1870 eingegriffen hatte, eine eingehende Regelung für den Gründungshergang der A.G. Dabei ist überall zum Ausdruck gekommen, dass trotz des bedauerlichen Festhaltens an dem Namen Ges.-Vertrag das Gesetz in den Gründungshergängen keineswegs blos eine Reihe von Vertragsschlüssen erblickt, sondern schon die entstehende A.G. ihrer Bestimmung gemäss korporativen Regeln unterwirft. Freilich hätte das Gesetz besser den Ausdruck Statut, den es identisch mit der Bezeichnung Ges.-Vertrag gebraucht, angewandt. § 187, 188, 189 H.G.B. Man kann also nicht, wie Staub dies tut, sagen, das Gesetz selbst spreche von einem Ges.-Vertrag, folglich sei in der Errichtung der A.G. ein Vertragsschluss zu erblicken. Vgl. übrigens Staub zu § 182, S. 557 N. 1, Staudinger S. 123, Anm. 2, Meurer S. 212, Anm. 1, Laband Z. f. H.R., Bd. XXX S. 480.

Die Gründung der A.G. ist eine genossenschaftliche Form der Konstituierung einer juristischen Person. Es werden im Gründungsstadium eine Reihe von Vertragsschlüssen vorgenommen, auf die das Vertragsrecht des B.G.B. ausnahmslos Anwendung zu finden hat. Es handelt sich dabei vielfach um

Zusage von Leistungen für das Zustandekommen der geplanten A. G., es verpflichtet sich eine Reihe von Personen, Mitglieder der zukünftigen A. G. zu werden, es werden Verabredungen über die künftige Gestaltung der A. G. getroffen, es können für einzelne Gesellschafter Sonderrechte ausbedungen werden. Kontrahenten sind dabei die Gründer untereinander oder die Gründer und Zeichner, es können aber auch dritte Personen sein. In allen Fällen wird unter den Gründern eine Sozietät (Gründergesellschaft) gebildet. — R. O. H. G. Bd. IV. S. 310 bis 319. — An sich aber ist diese vertragsmässige Vereinigung von Kräften und Mitteln zur Erzeugung der künftigen A. G. ebensowenig ein Ges.-Vertrag wie die Vereinserrichtung überhaupt ein Vertrag ist. Die Vorstellung, als ob die sich successive vereinigende Gesamtheit von Gründern und Zeichnern bis zur endgiltigen körperschaftlichen Konstituierung eine Sozietät oder auch eine modifizierte Sozietät sei, die dann in eine Korporation sich umwandeln würde, ist vollkommen unrichtig. Niemals kann ein werdender Verein eine Sozietät sein, niemals können gesellschaftliche Verhältnisse den Keim einer künftigen Korporation in sich bergen. Alle derartigen grundlegenden Verträge gehören nur mit einer Seite dem Vertragsrecht an, sie haben blos präparatorischen Charakter, ihr Schwerpunkt fällt in ein über das Vertragsverhältnis hinausschreitendes Körperschaftsverhältnis. Derartige Verträge sind auch durch Vollendung des Entstehungsherganges der Körperschaft bedingt. Sie entbehren der Wirkung, wenn diese überhaupt nicht entsteht, andererseits werden sie durch deren Entstehung erfüllt und zu unbedingten.

Gleichzeitig sind diese Verträge Elemente „des schöpferischen Aktes, der einen sozialen Willensträger ins Leben ruft". In denselben Handlungen, durch welche die Individuen ein Stück ihrer Freiheit aufgeben, vollziehen sie zugleich successive die Bildung des Gemeinwesens, als dessen Glieder sie sich erklären. Der Komplex vorbereitender Verträge hat, wie Gierecke sagt, gewissermassen ein doppeltes Antlitz. Nach rückwärts erscheint er als eine Vielheit für sich allein stehender Rechtsgeschäfte zwischen freien Individuen, nach vorwärts stellt er sich als einheitliche Handlung einer sich konstituierenden Gesamtheit dar.

Diese Gründungshandlungen dürfen ebensowenig wie bei jedem anderen Verein als Verträge aufgefasst werden. Sie streben alle dem einen Ziele zu, die geplante Körperschaft zu schaffen und können daher nur als einheitlicher Akt gewürdigt werden. Die erforderlichen Kräfte und Mittel werden zwar durch Vertragsschlüsse gewonnen, aber die Konstituierung

auf Grund jener Verträge erfolgt in korporativer Form durch körperschaftliche Handlungen. „Das Gesetz, welches die entstandene Körperschaft anerkennt, kann auch der entstehenden Körperschaft als solcher die Anerkennung nicht versagen". — Giercke.

Die Zusammensetzung dieses Gesamtaktes ist allerdings eine verschiedene, je nachdem es sich um die Simultan- oder die Stufengründung handelt. Bei der Simultangründung fallen die einzelnen Teile des Gesamtaktes gewöhnlich zeitlich zusammen. Fünf Unternehmer stellen das Statut fest und geben den Betrag der von ihnen übernommenen Aktien an. Dies muss in gerichtlicher oder notarieller Form geschehen; mit Abgabe dieser Erklärungen gilt die A. G. als errichtet. — § 182. — Soweit die Uebernahme seitens der Gründer nicht schon bei der Statutsfeststellung erfolgt, kann sie in gesonderter Verhandlung bewirkt werden. — § 188, Abs. 2. — Dann ist die A. G. erst in diesem Zeitpunkt errichtet.

Bei der Stufengründung dagegen ist der Gesamtakt ein aus mehrfachen zeitlich getrennten Rechtshandlungen zusammengesetzter Akt. Hier geht insbesondere die Zeichnung der Errichtung des Vereins voraus. Nach der Statutsfeststellung und der Uebernahme seitens der Gründer — 182, 188 — erfolgt die Wahl des Vorstandes und des Aufsichtsrates, § 190, nachdem schon vorher die Zeichnung der Aktien erfolgt ist, § 189. Vorstand und Aufsichtsrat event. Revisoren prüfen den Gründungshergang § 192, jetzt erst erfolgt die Anmeldung zum H. Reg. Die vom Registergericht einberufene Generalversammlung hat alsdann über die Errichtung der A. G. zu bestimmen. In der konstituierenden Generalversammlung wird für alle Beteiligten die Errichtung der A. G. bindend beschlossen und damit ihrem weiteren Einflusse entzogen. Der Ges.-Akt findet seinen Abschluss und der rechtliche Grund der A. G. ist damit gelegt. — Kuntze S. 78. — Denn das Registrierungsmoment kann keine konstitutive Bedeutung mehr beanspruchen. Vgl. ob. Mit der Eintragung stellt der registrierende Beamte lediglich fest, dass den gesetzlichen Vorschriften Genüge geleistet ist und die A. G. im Verkehr als solche auftreten kann. Der Verein ist mit der Errichtung bereits geschaffen; der Name Aktiengesellschaft wird ihm durch die Eintragung erst verliehen.

Dass dieser Schöpfungsakt durch Verträge vorbereitet werden kann ist selbstverständlich. Jeder Beteiligte verpflichtet sich zu seinem Anteile mitzuwirken, dass die geplante Körperschaft zustande kommt, jeder übernimmt gewisse Leistungen,

um ein gemeinsam geplantes Resultat zu erzielen; das ist obligatorisches Verhältnis, die Gründung selbst aber ist Ges.-Akt. Auch die den Ges. A. bei der Stufengründung bildenden und oft einen grösseren Zeitraum in Anspruch nehmenden Einzelhandlungen bestehen bis zum Errichtungsbeschluss ohne jedes obligatorische Band neben einander, insbesondere bilden Gründer und Zeichner zusammen keine Sozietät. — Vgl. die obigen Ausführungen über die Aktienzeichnung. Erst mit dem Errichtungsbeschluss werden sie Mitglieder des von ihnen gegründeten Vereins. Dass aber die Gründer über die Annahme der Zeichnung entscheiden, folgt aus ihrer Stellung als Erzeuger dieses Vereins.

Auch aus dem Gesetze selbst kann entnommen werden, dass es die Gründungshergänge als sozialrechtliche Vorgänge ansieht und keineswegs davon ausgeht, dass eine successive sich mehrende Sozietät vorliegt. Das Gesetz spricht von der Errichtung des Vereins, beim G. V. des B. G. B. ist davon nie die Rede. Dann aber, und hierauf ist grosses Gewicht zu legen, schreibt das Gesetz auch schon für das Entstehungsstadium die Anwendung von korporativen Einrichtungen vor. Es wird den Gründern der Gesellschaft eine Stellung eingeräumt, die der Stellung der späteren Organe der A. G. ähnlich ist. (Siehe auch später über die Stellung der Gründer!) Die Gründer haben dieselbe Darlegungspflicht wie Vorstand und Aufsichtsrat im Falle von Sachübernahmen oder Sacheinlagen. § 191. Sie haben ebenso wie Vorstand und Aufsichtsrat die Verpflichtung, die A. G. anzumelden. — § 195. — Auch hat das Gesetz die Verantwortlichkeit der Gründer in den §§ 202 bis 207 genau geregelt. Dazu kommt noch in den Fällen der §§ 193 bis 194 die Einsetzung besonderer Revisoren zur Prüfung des Gründungsherganges. Es gelten besondere Regeln für die Festsetzung von Aktionärvorteilen, Gründerlöhnen und Uebernahmen. §§ 186, 192, 195, 196, 199, 202 bis 207.

Mit zwingender Notwendigkeit aber spricht gegen die sozietätsmässige Konstruktion der Umstand, dass schon vor der Eintragung Vorstand und Aufsichtsrat gewählt werden müssen und dass Generalversammlungen tätig werden, die ihre Beschlüsse nach Art der Korporationen fassen. Bei der Stufengründung entscheidet die Generalversammlung über die Errichtung der Gesellschaft, ja der § 197 schreibt direkt vor, dass, soweit nicht § 190 und 196 ein anderes bestimmen, auf Berufung und Beschlussfassung der vor der Eintragung stattfindenden Generalversammlung, die Vorschriften, welche für die A. G. nach der Eintragung gelten, entsprechende Anwendung finden sollen.

Bei diesen Bestimmungen lässt sich unmöglich sagen, dass man es trotzdem mit einer Sozietät zu tun habe. Darüber kann man auch nicht hinwegkommen, indem man, um die Sozietät aufrecht zu erhalten, behauptet, es sei mit dem Sozietätsbegriff sehr wohl vereinbar, dass eine gewisse korporative Organisation bestehe. — Vgl. Staub § 188, Anm. II.

Also ein Verein und keine Gesellschaft bildet die Grundlage der A. G., wie überhaupt jede Korporation einen Verein und keine Gesellschaft zur Grundlage hat. Damit fallen aber alle Konstruktionsversuche, die von Sozietät oder modifizierter Sozietät, also von einem Vertragserzeugnis, das der A. G. zu Grunde liegen soll, ausgehen, in sich zusammen, ohne dass es auch nur eines weiteren Wortes der Widerlegung noch bedürfte. Der Vertrag kann eben eine derartige Wirkung nicht haben: im Vertrag können sich die Individuen nur über die Gestaltung ihrer subjektiven Rechtsverhältnisse einigen, niemals aber ein neues Rechtsubjekt schaffen. Damit würde das Individium die seiner Vertragsfreiheit gezogenen Grenzen überschreiten und in das Gebiet der Rechtsordnung eingreifen. Die errichtete A. G. ist demnach ein Verein, der lediglich noch der Eintragung bedarf, um im Verkehr als juristische Person auftreten zu können. Gälte das System der freien Körperschaftsbildung, so wäre mit dem Errichtungsbeschluss die rechtsfähige Korporation vorhanden. Allein § 200 bestimmt in Konsequenz des Systems der Normativbestimmungen, dass vor der Eintragung eine A. G. nicht vorhanden ist. Die Rechtslage ist also die: vor der Vereinserrichtung, mag es sich um Simultan- oder Stufengründung handeln, sind lediglich die Elemente des den Verein ins Leben rufenden Ges. A. vorhanden. Ist der Errichtungsbeschluss gefasst, so haben wir jedenfalls einen fertigen Verein vor uns. Was vor den Errichtungsbeschluss fällt, insbesondere, wenn schon eine Generalversammlung zur Wahl des Aufsichtsrates tätig wird, — § 190, Abs. 2. — ist „Vorleben des Vereins", Bestandteil des Ges. A. — Gierke Pr. R. S. 486.

Der errichtete Verein aber vereinigt in sich alle Substrate, die für die Bildung einer A. G. nötig sind. Tatsächlich ist mit der Errichtung die A. G. geschaffen. Allein die Rechtsordnung versagt ihr noch die Rechtsfähigkeit. Es bleibt demnach nur die eine Schlussfolgerung: Die errichtete, aber noch nicht eingetragene Aktiengesellschaft ist ein nicht rechtsfähiger Verein, sie ist eine von der Rechtsordnung nicht als Körperschaft anerkannte Körperschaft, ein Gebilde, das Körperschaft wäre, wenn das System der freien Körperschaftsbildung gelten würde. Auf nicht rechtsfähige Vereine aber finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. § 65 B. G. B. So anscheinend

auch Giercke: „Vorübergehend fallen sogar die meisten Vereine unter den Begriff der nicht rechtsfähigen Vereine, indem sie vor der Eintragung oder Verleihung bereits bestehen und tätig werden, ohne doch Persönlichkeit zu besitzen. — Giercke V. o. R. S. 6 f. (Anm. 2) S. 40. Endemann I § 42, Anm. 4, Makower S. 389, Staudinger I, S. 124, 1. Dagegen Staub, § 183, Anm. 2, § 200, Anm. 2, auch Exkurs zu § 342, Meurer S. 212, Anm. 1. — Lehmann-Ring § 200, A. 1.

Also doch Gesellschaftsrecht, denn der nicht rechtsfähige Verein soll behandelt werden, als wäre er eine Gesellschaft, er soll behandelt werden als das, was er in Wirklichkeit nicht ist. Dieses widerspruchsvolle Gebot stellt unsere Rechtsordnung allerdings auf.

Allein bei der A. G. und deren Entstehungshergang haben wir es mit einem handelsrechtlichen Institut zu tun. Das bürgerliche und damit das Gesellschaftsrecht findet nur subsidiäre Anwendung, wenn sich im H. G. B. Vorschriften nicht finden und aktienrechtliche Gesichtspunkte nicht im Wege stehen.

Sodann gilt auch der von Giercke für alle nicht rechtsfähige Vereine aufgestellte Satz: „die Anwendung der Vorschriften über die Gesellschaft muss so erfolgen, wie sie sich am besten mit dem in Wahrheit körperschaftlichen Wesen des Vereins verträgt, der auf Errichtung einer Körperschaft gerichteten Absicht der Beteiligten am besten gerecht wird und im Verkehr mit Dritten den Erfolg, der nach den Regeln von Treue und Glauben erwartet wird, am meisten sichert". Giercke a. a. O., S. 13, Dernburg, Bürg. R. I, S. 220.

Auch noch ein dritter Gesichtspunkt scheint mir von grösster Bedeutung zu sein. Wenn ein nicht rechtsfähiger Verein gebildet wird, so liegt gewöhnlich die Absicht vor, als eine korporativ organisierte, aber nicht Korporation gewordene Vereinigung dauernd im Rechtsverkehr aufzutreten. Die errichtete A. G. dagegen ist nur eine kurze Uebergangserscheinung von geringer Lebensdauer, sie soll alsbald ein rechtsfähiges Gebilde werden. Daraus ergeben sich denn auch gewisse Modifikationen, die sonst gerade zum Wesen des nicht rechtsf. Vereins im Widerspruch stehen. So ist insbesondere eine Uebertragung des Anteilsrechtes und damit ein Wechsel der Mitgliedschaft zwischen Errichtung und Eintragung ausgeschlossen. — § 200, Abs. 2. — Vgl. auch Staub § 188, Anm 2, der hieraus folgert, dass die A. G. vor ihrer Eintragung kein nicht rechtsfähiger Verein sein kann; gegen ihn Staudinger I S. 124, 2 A. b.

Diesen drei Gesichtspunkten ist stets Rechnung zu tragen, wenn wir nun auf das viel umstrittene Gebiet der nicht rechtsf. Vereine gelangen. Im Rahmen dieser Darstellungen kann es auch nicht unsere Aufgabe sein, alle rechtlichen Konsequenzen, die sich aus unserer Ansicht ergeben, hier zu erörtern, zumal bei der geringen Lebensdauer des nicht rechtsf. Vereins die Fragen nicht allzuhäufig praktisch werden können. Der errichtete Verein wird auch in kürzester Zeit eingetragen werden. Einzelne Fragen mögen aber trotzdem hier herausgegriffen werden!

Die Beurteilung der inneren Rechtsverhältnisse der errichteten A.G. unterscheidet sich überhaupt nicht wesentlich von der für die eingetragene A.G. massgebenden.

Bestimmend dafür ist die Vereinssatzung, das Statut. — § 182, Giercke a. a. O. S. 14 f.

Dagegen ist die Wirkung der Organisation der errichteten A. G. von der der eingetragenen in der Richtung nach aussen wesentlich verschieden.

Die geschäftsführenden Mitglieder des nicht rechtsf. Vereins haben im Umfang ihrer Geschäftsführungsmacht die Mitglieder im Zweifel gerichtlich und aussergerichtlich zu vertreten. — § 714, 715 B.G.B. — Der nicht rechtsf. Verein hat allerdings kein Organ, durch das er selbst zu handeln vermöchte. Lediglich in den Fällen, in denen dem n. r. Verein die Stellung des rechtsf. beigelegt ist — insbes. Prozessführung, Zwangsvollstreckung — hat der Vorstand die Stellung eines gesetzlichen Vertreters, § 26, Abs. 2 B.G.B. Im übrigen richtet sich die rechtsgeschäftliche Vertretung des Vereins nach den Grundsätzen der rechtsgeschäftlichen Vollmacht — Giercke a. a. O., S. 19. Plank I § 54 e. Endemann S. 204. — Dazu tritt die Sonderbestimmung, dass derjenige, der im Namen des Vereins Rechtsgeschäfte des Vereins einem Dritten gegenüber vornimmt, daraus persönlich und mit anderen Mithandelnden als Gesamtschuldner haftet. § 54 B.G.B. Diese Haftung tritt unter allen Umständen ein.

Vertreter der errichteten und noch nicht eingetragenen A.G. sind die Gründer; Vorstand und Aufsichtsrat sind zwar schon gewählt, ihr Handlungsbereich beginnt aber erst nach der Eintragung. Nur in den Fällen des § 192 und 195 werden sie vor der Eintragung tätig. Die Gründer dagegen haben wie später gezeigt wird, einen vom Gesetz genau begrenzten Wirkungsbereich, begründet insbesondere in ihrer Stellung als die eigentlichen Erzeuger des Vereins. Namens der A.G., gleich als ob sie schon bestehen würde, allerdings, können sie nicht handeln; insoweit sie aber innerhalb des vom Gesetz

festgelegten Wirkungskreises handeln, sind sie wahre gesetzliche Vertreter der entstehenden, noch nicht rechtsf. A.G., von einer persönlichen Haftung der Gründer neben dem Vereinsvermögen kann in diesem Falle keine Rede sein. — Ueber die Frage siehe übrigens später bei der Behandlung des Handlungsbereiches der Gründer.

Das Vermögen der errichteten und noch nicht eingetragenen A.G. ist als Gesellschaftsvermögen zu behandeln, wenn es auch ein Sondervermögen darstellt. Es steht den Gründern und Zeichnern vom Errichtungsbeschlusse ab zur gesamten Hand zu. § 718, 719 B.G.B., Gierckе a. a. O. S. 10, 15, 21 f., Meurer S. 136 f., Staudinger I S. 144 VII, Neumann, II. Aufl. I S. 25, Hölder, Komm. I. S. 169. Von Staudinger in der D.J.Ztg. 1900 S. 377. Auch Vereinsschulden können vorhanden sein.

Abgesehen von den Fällen, in denen der Verein als juristische Person behandelt wird — § 50, Abs. 2, 735 C.P.O. — bleiben nach § 735 B.G.B. die Vereinsmitglieder verpflichtet und es kommt das Gesellschaftsprinzip zum Durchbruch. Wohl aber ist es möglich, dass beim n. r. Verein die Haftung der Mitglieder auf ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen beschränkt wird. — Giercke a. a. O. S. 29, Meurer S. 138, Plank I S. 104 lit. h., Endemann I S. 25, v. Staudinger in der D.J.Z. 1900 S. 377, Rehbein S. 43, Staudinger I 194 VII. Bei der errichteten A.G. ist dieser Fall gegeben, indem die Mitglieder schon vor der Eintragung des Vereins nur mit ihren Anteilen haften, ganz genau so, als wäre die A.G. schon eingetragen, §§ 210, 211 H.G.B. Würde man dies nicht zugeben, so läge darin eine Härte, zumal jeder, der mit der A.G., die noch nicht eingetragen ist, Rechtsgeschäfte abschliesst, wissen muss, dass ihn nur ein bestimmtes Vermögen, das Grundkapital, haftet. Hinsichtlich der Stellung im Prozesse insbes. hinsichtlich der Streitfrage über die aktive Parteifähigkeit mag hier ein Hinweis auf die Ausführungen Gierckes und Meurers genügen. Giercke a. a. O. S. 48, Meurer S. 200 f., vgl. auch Staudinger I zu § 54, Anm. 3.

Das Ergebnis unserer Untersuchung über die rechtliche Natur des Errichtungsaktes ist also folgendes:

Die A.G. gleichviel ob es sich um Simultan- oder Stufengründung handelt. wird durch einheitlichen Gesamtakt errichtet. Durch den Errichtungsbeschluss wird ein Verein geschaffen, der tatsächlich alle persönlichen und unpersönlichen Substrate, die für die Bildung einer A.G. erforderlich sind, enthält, dem aber von der Rechtsordnung bis zur Eintragung die Rechtsfähigkeit versagt ist.

II. Kapitel.

Der Rechtserwerb der Aktiengesellschaft aus Rechtshandlungen vor ihrer Eintragung in das Handelsregister.

Nach aussen hin entsteht die A.G. erst mit der Eintragung ins Handelsregister. Der § 200 bestimmt, dass vor diesem Zeitpunkt die A.G. als solche nicht besteht, es kann daher vor der Eintragung im Namen der A.G. gleich als ob sie schon bestehen würde, grundsätzlich nicht gehandelt werden. Geschieht dies trotzdem, so haften die Handelnden nach dem § 200 persönlich und solidarisch. Vor der Eintragung kann die A.G. als solche nicht Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten sein. Wohl aber können die Tatsachen, durch welche sie berechtigt und verpflichtet wird, dem Beginn ihrer Rechtspersönlichkeit voraufgehen. Ebenso wie für das Einzelindividium schon vor seiner Geburt Rechte begründet sein können, ebenso kann dies auch für die juristische Person im embryonalen Stadium geschehen. Diese Rechte und Verbindlichkeiten gehen dann im Augenblicke ihrer Entstehung unmittelbar kraft Gesetzes auf sie über, während sie bis zu diesem Momente in Schwebe bleiben. Wie in den §§ 1912—1918 des B.G.B. das Gesetz für die Leibesfrucht die Aufstellung eines Pflegers ermöglicht hat, so hat es auch für die embryonale A.G. Vertreter geschaffen, die im Entstehungsstadium ihre Rechte zu besorgen haben. Diese gesetzlichen Vertreter sind die Gründer.

1. Ueber den Handlungsbereich der Gründer.

Die Gründer haben die Machtvollkommenheit, für die künftige A.G. Rechte und Pflichten zu begründen ohne dass auch nur nachträglich die Zustimmung der entstandenen A.G. zu den von ihnen vorgenommenen Rechtsgeschäften erforderlich wäre. Vielmehr gehen alle Rechte und Pflichten hieraus unmittelbar mit der Eintragung der A.G. auf diese über und es bedarf dazu keiner besonderen Uebertragungshandlung. Die Gründer rufen den Verein ins Leben, sie sind daher auch dazu befugt, die Lebensbedingungen für denselben festzusetzen, und sie können den künftigen Verein schon vor seiner Entstehung mit Rechten und Pflichten ausstatten. Die A.G. muss, wenn

sie überhaupt entstehen will, die ihr von den Gründern statutenmässig gesetzten Daseinsmodalitäten als einen Teil ihrer wesentlichen Lebensbedingungen übernehmen. Auch gewisse sonstige Geschäfte können von den Gründern bereits im Entstehungsstadium für die künftige A.G. vorgenommen werden.

Ist die A.G. schon errichtet, aber noch nicht eingetragen, dann sind die Gründer die gesetzlichen Vertreter der errichteten A.G. (710, 711 B.G.B.), eines nicht rechtsf. Vereins. Ihre Stellung ist allerdings dadurch modifiziert, dass sie gleichzeitig Erzeuger des Vereins waren und sich ihre gesetzliche Vertretungsmacht bereits auf den Zeitpunkt vor der Errichtung erstreckte. (§ 712 B.G.B. wird z. B. aus diesem Grunde nicht zur Anwendung kommen können. Vgl. auch oben S. 98).

Keineswegs aber ist die Machtvollkommenheit der Gründer eine unbegrenzte. Das Gesetz hat sie genau bestimmt und insoweit für ihre Handlungen im Gesetz eine Stütze nicht gegeben ist, können die Gründer den künftigen Verein auch nicht berechtigen und verpflichten.

Niemals aber ist es den Gründern erlaubt, im Namen der A.G. als einer schon bestehenden zu handeln, für diese Fälle bestimmt der § 200 (Vgl. § 54 B.G.B.) kategorisch persönliche und solidarische Haftung. Wohl aber können die Gründer im Namen der werdenden A.G., sei es, dass sie schon nicht rechtsf. Verein ist, sei es, dass sich dieser erst im Entstehungsstadium befindet, Rechtsgeschäfte vornehmen. Allerdings ist dabei wieder zu unterscheiden, ob es sich um solche Rechtsgeschäfte handelt, die, wie Gierke sagt, „zu den statutenmässigen Daseinsmodalitäten" der A.G. gehören, deren Wirkungen also die A.G. auf sich nehmen muss, wenn sie überhaupt entstehen will, oder ob es sich um solche Rechtsgeschäfte handelt, deren Wirkungen die A.G. nach Belieben auf sich nehmen oder ablehnen kann. Auch durch die Vornahme der Gründungshandlungen können Rechtsgeschäfte notwendig werden und aus Delikten und sonstigen Rechtszuständen für die A.G. Ansprüche erwachsen.

Die Gründer können Rechtsgeschäfte mit sich selbst und mit Dritten für den künftigen Verein abschliessen. Die Gründer verpflichten sich unter einander, Mitglieder der künftigen A.G. zu werden, sie übernehmen entweder das ganze Grundkapital oder nur einen Teil desselben, sie machen event. Sacheinlagen, ja sie können sogar Verpflichtungen des Vereins zu ihren eigenen Gunsten festsetzen, z. B. für ihre Gründertätigkeit, für ihre eigenen Sacheinlagen sich eine Vergütung im Statut versprechen lassen. Auch mit Dritten können sie Rechtsgeschäfte abschliessen, dies allerdings nur soweit, als es das Gesetz aus-

drücklich gestattet, oder der Abschluss durch die Gründungshandlung als solcher bedingt ist. In allen anderen Fällen ist ein für die A.G. wirksames Handeln für die Gründer unmöglich. Die Gründer können sogenannte Uebernahmeverträge, d. h. solche Verträge, durch welche die A.G. verpflichtet wird, bestimmte Einlagen oder sonstige Vermögensstücke von Dritten zu erwerben, abschliessen. — § 186.

Auch durch den Gründungshergang als solchen können Vertragsabschlüsse bedingt sein, obwohl dies vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt wird. Es bedarf zur Vornahme gewisser Gründungshandlungen eines Vertragsabschlusses mit dritten Personen und insoweit ist eine stillschweigende Ermächtigung des Gesetzes für die Gründer, solche Verträge mit Wirksamkeit für die künftige A.G. abzuschliessen, anzunehmen. Man denke nur daran, dass schon im Entstehungsstadium Versammlungen abgehalten werden müssen, dass es dazu event. einer Saalmiete bedarf, dass Vorstand und Aufsichtsrat bestellt werden und diesen hiefür event. eine Vergütung für ihre Tätigkeit zugesagt werden muss, dass die Dienstleistung eines Notars nötig ist u. s. w. Aus all diesen Verträgen wird die künftige A.G. unmittelbar mit ihrer Eintragung kraft Gesetzes verpflichtet.

Die meisten derartigen mit Rechtswirksamkeit für die künftige A.G. abgeschlossenen Verträge, wie Verabredungen unter den Gründern, Sachübernahmen, Gründerlöhne etc. hat das Gesetz an eine bestimmte Form geknüpft, indem diese Festsetzungen in das Statut aufgenommen werden müssen. Es gilt dies nicht für die Vornahme von Verträgen, die durch die Gründungshandlung bedingt sind, wie Saalmiete, Gebührenzahlungen an den Notar u. s. w.

Damit hat aber das Gesetz die Machtvollkommenheit der Gründer vollständig und erschöpfend geregelt. Andere, als die oben genannten Rechtshandlungen können die Gründer mit Rechtswirksamkeit für die A.G. nicht vornehmen. Keineswegs ist es ihnen überlassen, eine A.G. mit Verpflichtungen beliebiger Art und beliebiger Tragweite ins Leben zu rufen. Denn damit würde das Gesetz alle die Vorsichtsmassregeln, mit denen es die Errichtung der Gesellschaft gegeben hat, untergraben und zwecklos machen. Ausserhalb dieser Grenzen können daher die Gründer im Rechtsverkehr mit Dritten oder unter sich selbst die Gesellschaft nicht verpflichten, wenigstens nicht mit der Wirkung, dass hieraus die A.G. unmittelbar oder auch nur mittelbar haften würde und der Gegenkontrahent sich an die entstandene A.G. halten könnte. — R.G. Bd. 21 S. 250. — Bd. 24 S. 23, Bd. 32 S. 98, vgl. auch Ring zu Art. 211, Anm. 2. („Vor der Registrierung hat die Gesell-

schaft nicht als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten, kann sie nicht klagen und verklagt werden. Ausnahmen von diesem Grundsatze finden nur insofern statt, als sie aus der gesetzlichen Vorerstreckung des Gesellschaftslebens auf die Zeit vor der Eintragung von selbst erfolgen").

2. Ueber die Haftung nach § 200 H.G.B.

Für den Fall, dass vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt wird, bestimmt der § 200 entsprechend dem § 54 B.G.B., dass die Handelnden persönlich und solidarisch haften, waren es mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner. Vor der Eintragung soll im Namen der A.G., die ja noch nicht rechtsfähig ist, nicht gehandelt werden, auch nicht innerhalb der im vorigen Abschnitt angegebenen Grenzen. Wird trotzdem im Namen der Gesellschaft, gleich als ob sie schon bestehen würde, gehandelt, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch und zwar auch nach Eintragung der Gesellschaft. Der § 200 findet jedoch keine Anwendung, wenn innerhalb der oben angegebenen Grenzen die Gründer im Namen der entstehenden A.G. Rechtsgeschäfte vornehmen. (Ueber den hier hervortretenden Unterschied zwischen § 200 H.G.B. und § 54 B.G.B. s. o.

Die Vorschrift des § 200 gilt also nur, wenn im Namen der A.G. gehandelt wird und beim Gegenkontrahenten die Meinung erweckt wird, dass die A.G. bereits entstanden und eingetragen sei. Insoweit aber die Gründer die A.G. rechtsgültig verpflichten können und im Namen der noch nicht entstandenen A.G. handeln, kann die Vorschrift keine Anwendung finden, denn hier haften die Gründer lediglich dafür, dass sie alles tun, um den Verein ins Leben zu rufen und die Verträge ins Statut aufnehmen. Ihre Haftung entfällt, wenn die A.G. nicht zustande kommt und sie hiewegen ein Verschulden nicht trifft. In diesen Fällen handeln die Gründer auch nicht, wie Kosack annimmt, im eigenen Namen. Sie schliessen diese Rechtsgeschäfte als Gründer und in dieser Eigenschaft, wie wir später sehen werden, als ges. Vertreter des entstehenden bzw. errichteten Vereins ab. Für sich selbst wollen sie aus diesen Verträgen keine Rechtswirkungen erzielen und ihre Personen hieraus weder berechtigen noch verpflichten. Kommt es in diesen Fällen überhaupt zu einer Haftung der Gründer, so bestimmt sich diese nach den allgemeinen Grundsätzen.

In der Literatur herrscht Streit darüber, ob der § 200 eine Anwendung des allgemeinen, im § 179 B.G.B. zum Ausdrucke gebrachten Prinzips sei, wonach die Haftung nach § 200 davon

abhängig wäre, dass der Gegenkontrahent davon, dass die A.G. noch nicht eingetragen ist, nichts weiss, oder aber ob der § 200 lediglich als handelspolitische Strafvorschrift anzusehen sei, mithin die Haftung stets eintrete, gleichviel ob der Gegenkontrahent von der Nichteintragung Kenntnis habe oder nicht. (Literatur siehe bei Staub zu § 200 Anm. IV a. Behrend § 109).

Die von Renaud begründete und vielseitig akzeptierte Ansicht, dass wir es mit einer handelspolitischen Vorschrift zu tun haben, die in allen Fällen also auch in denen, in welchen der Gegenkontrahent von der Nichteintragung wisse, Anwendung zu finden habe, stützt sich auf den für den § 200 in den Motiven zu den Protokollen angegebenen Zweck der Vorschrift. Es sollte verhütet werden, dass die A.G. vor erteilter landesherrlicher Genehmigung — jetzt Eintragung — als solche ihre Geschäfte beginne. Es sei demnach schlechthin persönliche und solidarische Haftung angeordnet, ohne Rücksicht auf Wissen oder Nichtwissen des Dritten.

Hiegegen führt Behrend a. a. O. an, dass es zwar richtig sei, dass die Bestimmung, wonach die A.G. erst durch die Eintragung Rechtspersönlichkeit erlange, auf öffentlichem Interesse beruhe und insoweit dem öffentlichen Rechte angehöre, dass aber die Vorschrift des § 200 H.G.B. lediglich im Interesse derjenigen gegeben sei, denen gegenüber namens der A.G. als einer schon bestehenden gehandelt würde. Es sei also im § 200 eine Anwendung vom „Falsus procurator" zu erblicken. Daraus folge, dass die sonstigen Voraussetzungen und der Inhalt der Haftung sich nach den Grundsätzen vom Falsus procurator bestimmen. § 177 f. B.G.B.

Die Gründe Behrends sind nicht stichhaltig. § 200 enthält eine handelspolitische Vorschrift. Das Gesetz will unter allen Umständen verhüten, dass vor der Eintragung im Namen der A.G. gehandelt wird, bei Strafe der persönlichen und solidarischen Haftung für den Handelnden, wenn er es trotzdem tut. Dies folgt schon aus den Motiven, es folgt aber auch daraus, dass das Gesetz weder auf den § 279 B.G.B. verweist, noch eine dem alten Art. 55 Abs. II, jetzt § 179 Abs. III B.G.B., entsprechende Bestimmung enthält, wonach der Handelnde nicht haften würde, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Vgl. auch Ring S. 137. Die Haftung tritt also auch für den Fall ein, dass der Gegenkontrahent den Mangel der Eintragung kannte. Denn das Gesetz unterstellt, wie Kosack S. 571 VIII b. sagt, dass der Handelnde die Gewähr dafür übernimmt, der Verein werde

registriert werden, und dann die Handlungen genehmigen. Lit. siehe bei Kosack a. a. O. Anm. 76, 1 D.

Die Haftung wird beseitigt, wenn die eingetragene A. G. die vorgenommene Handlung genehmigt. Denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird der Mangel der Vollmacht durch Genehmigung ersetzt, insoferne nur die genehmigende Gesellschaft identisch ist mit der Gesellschaft, in deren Namen gehandelt wurde. R. G. Bd. 32 S. 99. Bd. 39 S. 37, Bd. 47 S. 1. Vgl. auch Gierckе V. o. R., S. 40 A. 69 a. Staub § 200 A. 4. Lehmann I 142.

Als Handelnde sind die Personen zu betrachten, welche als Vertreter der angeblich eingetragenen A. G. aufgetreten sind, nicht aber, wie in den Protokollen S. 1450 bemerkt wird, alle Zeichner von Aktien, mit deren Willen gehandelt wurde. Dies würde unseren heutigen Rechtsgrundsätzen widersprechen.

Der Inhalt der Haftung ist vom Gesetz nicht näher geregelt. Diejenigen, welche im § 200 eine Vorschrift nach Art des falschen Prokuraters sehen, wenden den § 179 B. G. B. analog an und geben daher dem Gegenkontrahenten den Anspruch auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn nicht die Gesellschaft in den Vertrag binnen angemessener Frist eintritt. Da aber das Gesetz auf § 179 weder verwiesen noch eine entsprechende Bestimmung getroffen hat, so bleibt nichts anderes übrig, als die einzelnen Rechtsfolgen aus der Natur des Rechtsverhältnisses abzuleiten. Eine gewisse Analogie mit § 179 B. G. B. ist allerdings nicht zu leugnen, wenn sie auch nicht immer gegeben zu sein braucht.

Zunächst kann derjenige, dem gegenüber im Namen der noch nicht eingetragenen A. G. gehandelt wurde, von seinem Gegenkontrahenten Erfüllung verlangen, gleichviel ob die A. G. zur Entstehung gelangte oder nicht. Dagegen scheiden die von den Gründern rechtswirksam für die A. G. vorgenommenen Rechtsgeschäfte aus. Hier musste der Gegenkontrahent wissen, dass der Erfolg seiner Handlung von dem Zustandekommen der A. G. abhängig ist und dass er für den Fall ihres Nichtzustandekommens mit seinen Ansprüchen durchfällt. Dieses Risiko hat er auch auf sich genommen. Bei Verschulden des Gründers ist er auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze angewiesen.

Eine Einschränkung ist jedoch vorzunehmen. Es wäre eine Härte, wollte man unter allen Umständen dem Gegenkontrahenten zumuten, dass er den Vertrag erfüllen müsste, wenn er überhaupt einen Anspruch geltend machen wollte. Er müsste sonst den Vertrag mit Jemand abschliessen, mit dem er ihn gar nicht abschliessen wollte. Es wird daher immer

Sache der Willensauslegung des Gegenkontrahenten sein, ob der Kontrahent erfüllen muss. Ist dies nicht der Fall, so wird man ihm einen Anspruch auf Schadensersatz nach Analogie des § 179 B.G.B. geben müssen. Er hätte sich dann binnen angemessener Frist zu entscheiden, ob er den Erfüllungs- oder den Schadensersatzanspruch geltend machen will.

Die Haftung entfällt, wenn der Gegenkontrahent seitens der entstandenen A.G. Erfüllung und vollständige Befriedigung dadurch erlangt, dass die A.G. das Rechtsgeschäft genehmigt. Handeln mehrere, so haften sie gemäss § 421 B.G.B. als Gesamtschuldner. (§ 200 H.G.B.)

3. Ueber die rechtliche Konstruktion des Rechtserwerbs der A.G. aus Rechtsgeschäften vor ihrer Eintragung.

Es kann sich hier nur um solche Rechtsgeschäfte handeln, welche innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen für die A.G. bereits im Entstehungsstadium vorgenommen werden können. Dass und in welchem Umfange dies geschehen kann, wurde oben schon gezeigt. Rechtshandlungen, die ausserhalb dieses gesetzlich festgelegten Wirkungskreises vorgenommen werden, entbehren der gesetzlichen Grundlage und sind daher für die künftige A.G. völlig bedeutungslos, lediglich die Anwendung des § 200 könnte hier in Frage kommen, wonach der Handelnde persönlich haftet.

Die rechtliche Konstruktion des Rechtserwerbs aus rechtsgültig für die A.G. vorgenommene Handlungen ist bestritten. — Vgl. auch die ähnliche Frage über die Schuldenhaftung des zum rechtsf. Verein gewordenen nicht rechtsf. Vereins: Dr. Neumann: „Haftet der eingetr. Verein für die Schulden desselben früher nicht eingetr. Vereins?“ D.J.Ztg. 1902, S. 292. Gegen denselben richtig Dr. Hahn D.J.Ztg. 1902, 504; Urteil des O.L.G. Hamburg v. J. V. 01; Seuf. Arch. Bd. 56 S. 434. — Es gibt Versuche, welche den Eintritt der A.G. in die vor ihrer Entstehung begründeten Rechte und Verbindlichkeiten auf Grund der Stellvertretung zu erklären suchen, andere wieder nehmen Geschäftsführung ohne Auftrag, Verträge zu Gunsten Dritter an, es wird eine Succession der A.G. in die für sie vor ihrer Entstehung begründeten Rechte und Pflichten behauptet. Mit besonderer Ausführlichkeit wird die Frage bei der Aktienzeichnung von allen denen erörtert, die in der Aktienzeichnung einen Vertrag zwischen Gründern und Zeichnern erblicken. Die Einen nehmen an, die A.G. successiere dabei den Prospektanten. Diese erwerben zuerst das Recht aus der Zeichnung, durch eine wirkliche oder fingierte Cession übertragen sie sodann

ihre Rechte auf die A.G. — Vgl. Laband Z. f. H. Bd. VII S. 620 ff. — Einige Vertreter der Sozietätstheorie nehmen an, die A.G. sei Rechtsnachfolgerin der zunächst berechtigten Sozietät — (so auch R.O.H.G. Bd. IV No. 62, S. 310 ff. Dernburg Pr.Pr.R. II § 226 nimmt an, die A.G. werde durch die Prospektanten vertreten — vgl. über die Literatur Gierke S. 124, Anm. II). Vgl. auch die Konstruktion Kuntzes a.a.O. S. 78 IV. Kuntze fasst die Aktienzeichnung nicht richtig auf und lässt den Zeitraum zwischen Errichtung und Eintragung der A.G. ausser Acht).

Gierke a.a.O. nimmt an, dass in jeder Aktienzeichnung ein Vertrag zu Gunsten einer noch nicht existierenden Person liege. Mit Recht führt Hellwig — Verträge auf Leistung an Dritte § 39 S. 350 ff. — aus, dass es sich bei der Aktienzeichnung um einen Vertrag zu Gunsten Dritter überhaupt nicht handelt, vielmehr in Konsequenz der Gierke'schen Theorie, wonach der ganze Gründungshergang ein sozialrechtlicher Konstitutivakt sei, auch die einzelnen Akte, aus denen sich der Konstitutivakt zusammensetze, keine Verträge, sondern konstitutive, sozialrechtliche, einseitige Akte seien.

In der Gierke'schen Auffassung, wonach die A.G. „zugleich als Element des konstitutiven Gesamtaktes und als Vertragsschluss zu Gunsten der künftigen A.G. aufzufassen sei, liege ein Widerspruch. Die Aktienzeichnung könne nur das eine oder das andere sein. Der Zeichnungsschein werde allerdings zu Handen der Gründer gebracht, aber der Inhalt sei kein Zahlungsversprechen an die Gründer um als Gegenleistung von diesen die Aktienbeteiligung zu erhalten, sondern lediglich eine Mitgliedschaftserklärung, aus der sich Rechte und Pflichten von selbst ergeben. R.G. Bd. IX S. 38 (vgl. auch Jäger, Komm. z. K.O. § 17, Anm. 4).

Die Ansicht Hellwigs entspricht unseren obigen Ausführungen über die Aktienzeichnung. Die Aktienzeichnung ist die einseitige Mitgliedschaftserklärung des Zeichners, verbunden mit der Verpflichtung gewisse Einlagen zu machen, und so Bestandteil des Konstitutivaktes. Im Momente der Entstehung erwirbt die A.G. die Rechte aus dieser Zeichnung als notwendige Bestandteile des Konstitutivaktes kraft Gesetzes. Es ist selbstverständlich, dass die A.G. die zu den wesentlichen Bestandteilen gehörenden Rechte und Pflichten aus der Aktienzeichnung ohne weiteres mit der Entstehung übernimmt. Mittelsperson ist dabei allerdings der nicht rechtsfähige Verein, der mit der Errichtung der A.G. vorhanden ist. Denn in dem Momente, in dem der Errichtungsbeschluss gefasst ist, erwirbt der errichtete Verein auch sämtliche Rechte aus der Aktien-

zeichnung, allerdings, da es sich um keinen nicht rechtsf. Verein handelt, stehen die Rechte hieraus noch der Gesamtheit der Vereinsmitglieder zur gesamten Hand zu. (Vgl. oben).

Die einredeweise Geltendmachung einer Anfechtung der Zeichnung wegen Irrtums, Zwanges, Betruges seitens der Zeichner gegenüber der entstandenen A.G. ist ausgeschlossen, denn ihr gegenüber ist es gleichgiltig, welche Umstände die Aktionäre zur Zeichnungserklärung veranlassen. Nach der Gierckeschen Theorie müsste dies aber zulässig sein — §§ 334, 123 ff. B.G.B., R.G. Bd. IX S. 36 und 44, von Gierckе S. 133 Anm. II gebilligt. Vgl. weiter über den Rechtserwerb der A.G. aus der Zeichnung R.G. Bd. IX. S. 36 ff. Bd. 24 S. 22, Bd. 31 S. 22 und 23.

Von Interesse ist aber die Frage auch für den Rechtserwerb der A.G. aus den Rechtshandlungen, welche die Gründer vor ihrer Eintragung innerhalb der gesetzlichen Grenzen für die künftige A.G. vornehmen können, sei es nun, dass die A.G. schon errichtet ist oder auch nicht.

Bei richtiger Durchführung der hier vertretenen Konstruktion des Gründungsherganges ist die Frage nicht schwer zu beantworten. Das Gesetz hat bereits vor der rechtlichen Existenz der A.G. dieselbe in gewissen Beziehungen in ihrem embryonalen Stadium anerkannt und für sie Versorgung getroffen.

Die A.G. hat schon bevor sie rechtlich existent ist und Träger von Rechten und Pflichten sein kann, ein Organ erhalten, das im Entstehungsstadium ihre Rechte wahrt, die nötigen Entstehungshandlungen vornimmt, die zur Gründung erforderlichen Rechtsgeschäfte abschliesst u. s. w. Diese Organe sind die Gründer. Wenn der Gründer in seiner Gründereigenschaft Rechtsgeschäfte abschliesst, so handelt er als gesetzlicher Vertreter der entstehenden bezw. errichteten A.G., die in Bälde durch die Eintragung juristische Person werden soll. Allerdings ist seine Vertretungsmacht qualifiziert dadurch, dass er eine noch nicht rechtlich existierende Person vertritt und deswegen auch seine Machtvollkommenheit vom Gesetz ganz genau umgrenzt. Das Eigentümliche an dem Rechtsvorgang ist lediglich der Umstand, dass wir in dem Zeitpunkt zwischen Körperschaftserrichtung und Eintragung einen nicht rechtsf. Verein vor uns haben, und dass nach der Anmeldung des Gesellschaftsrechtes zunächst alle Berechtigungen und Verpflichtungen den Mitgliedern dieses nicht rechtsf. Vereins, d. s. Gründer und Zeichner, zur gesamten Hand zustehen. (§ 54 mit 718 B.G.B.). Alle diese Rechte und Pflichten sind aufschiebend bedingt dadurch, dass der nicht rechtsf. Verein durch Eintragung zu einem rechtsfähigen werde. Durch die Eintragung

wird der Verein zur juristischen Person und so eine neue Rechtspersönlichkeit geschaffen. Aber zwischen dem nicht eingetr. Verein und der juristischen Person besteht doch eine Kontinuität; denn tatsächlich ist es der identische Verein, der durch Eintragung rechtsfähig geworden ist, und damit eine neue Rechtsstellung erlangt hat. Auch dieser nicht rechtsf. Verein hatte ja ein gesondertes Vermögen; allerdings konnte dieses Vermögen von seinem gesetzlichen Vertreter nicht beliebig mit Schulden belastet werden, vielmehr war die Haftung noch eine viel begrenztere als die der rechtsfähigen A. G. Diese hat im Zweifel bis zur Höhe des Grundkapitals für Schulden, die ihre Organe für sie eingehen, zu haften, die nicht rechtsf., noch nicht eingetragene A. G. bezw. die ihr angehörige Personengesamtheit aber haftet nur für die Schulden, die ihre gesetzlichen Vertreter innerhalb des vom Gesetze bestimmten Wirkungskreises eingegangen haben.

Das Vermögen des nicht rechtsf. Vereins geht jedoch mit der Eintragung nicht unter, sondern mit der Umwandlung des Vereines selbst vollzieht sich die Umwandlung des Gesellschaftsvermögens in das der rechtsfähigen Körperschaft zukommende Vereinsvermögen. Alle rechtsgültig begründeten Berechtigungen und Verpflichtungen gehen damit auf die juristische Person kraft Gesetzes über, gleichzeitig verlieren sie die ihnen anhaftende aufschiebende Bedingung. Es entspricht dies auch dem mutmasslichen Willen sämtlicher Beteiligten, die im letzten Grunde ja doch nur die juristische Person, die A. G., berechtigen und verpflichten wollten. Man kann geradezu von einer stillschweigenden Vereinbarung der Beteiligten sprechen.

Dass es aber hiezu keines formellen Uebertragungsaktes bedarf oder gar, da es sich um Uebertragung eines ganzen Vermögens handelt, gerichtlicher oder notarieller Vertrag erforderlich wäre (§ 311 B. G. B.), ist ausser Zweifel und bedarf gar keiner weiteren Widerlegung. Denn zu welchen Konsequenzen für das Verkehrsleben würde das führen! Es handelt sich übrigens um gar keinen Vertrag, sondern um eine Art Universalsuccession. (Vgl. das cit. Urteil des O. L. G. Hamburg, Dr. Neumann, Dr. Hahn a. a. O.).

Alle Rechte und Pflichten, welche von den Gründern im Bereiche ihrer Vertretungsmacht vorgenommen wurden, werden daher kraft Gesetzes mit der Entstehung der A. G. von dieser erworben, von einer besonderen Uebertragungshandlung kann dabei keine Rede sein, ebensowenig wie von einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder von Verträgen zu Gunsten Dritter. Soweit die Gründer als Gründer der A. G. handelten, schlossen sie die Rechtsgeschäfte für die in der Entstehung begriffene

juristische Person ab, ohne dabei ohne weiteres in eigener Person für deren Erfüllung haften zu wollen. Ihr Gegenkontrahent musste dabei wissen, dass er lediglich mit den Gründern einer noch im Entstehen begriffenen A. G. Verträge schliesst, er nahm dabei das Risiko auf sich, dass die A. G. vielleicht nicht entstehen und seine Verträge nichtig sein können, ohne dass er gegen die Gründer ohne weiteres Ansprüche haben würde, soferne sich diese innerhalb der gesetzlichen Grenzen ihres Handlungsbereiches hielten. Freilich hann der Gründer für den Fall, dass die A. G. nicht entstehen werde, die Haftung übernehmen, doch ist das eine Abrede eigener Art, ein bürgschaftsähnliches Versprechen, durch das die A. G. in keiner Weise berührt wird. Auch von Verträgen zu Gunsten Dritter kann man hier nicht sprechen. Es handelt sich ja um gar keinen Dritten, da die Gründer nicht im eigenen Namen, sondern als gesetzlicher Vertreter der entstehenden A. G. handeln. Das eigentümliche hiebei ist nur, dass das vertretene Subjekt erst im Entstehen begriffen ist. Dies wird von denen, die von Verträgen zu Gunsten Dritter sprechen, welche die Gründer abschliessen, übersehen, ebenso von Kosack, der auch von eigenartigen Verträgen zu Lasten einer dritten Person redet.

Es handelt sich um unmittelbarer Berechtigung und Verpflichtung der A. G. Alle derartigen Verträge bleiben bis zur Eintragung in Schwebe, das Risiko für den Fall der Deficienz der Bedingung trägt grundsätzlich der Gegenkontrahent, der Gründer nur dann, wenn er die Haftung hiefür eigens übernommen hat, oder wenn deliktizische Ansprüche gegen ihn begründet sind.

Verträge, denen eine Bedingung nicht zugefügt werden darf, können nicht begründet werden, so kann z. B. die Auflassung eines Grundstücks an die A. G. im Entstehungsstadium nicht erfolgen. (Giercke V. o. R. S. 22).

Kosack wendet gegen die Konstruktion, dass die Gründer als gesetzliche Vertreter anzusehen seien, ein, dass man daraus niemals erklären könnte, wieso die Gründer für sich Vorteile festsetzen können und warum die Gründer ein Klagerecht im eigenen Namen hätten. (Kosack S. 569). Der letztere Einwand ist hinfällig, da die Gründer nicht im eigenen Namen, sondern als Organe der entstehenden A. G. klagen. In den Fällen, in denen sie in eigener Person ein Klagerecht haben, klagen sie nicht als Gründer der A. G. sondern auf Grund persönlicher Berechtigungen. Was aber den zweiten Einwand bezüglich des Gründerlohnes betrifft, den sich die Gründer selbst ausbedingen können, so ist dem zu entgegnen, dass das Gesetz hier den allgemeinen Grundsatz durchbrochen

und derartige Festsetzungen gestattet hat. Es konnte dies um so leichter tun, als es die nötigen Garantien gegen Missbrauch geschaffen hat, indem diese Verabredungen ins Statut aufgenommen werden müssen, demnach, falls es sich um Vorteile eines einzelnen Gründers handelt, die übrigen Gründer zustimmen müssen. Auch das Prüfungsverfahren durch Vorstand und Aufsichtsrat event. durch gerichtlich bestellte Revisoren ist hier zu erwähnen.

Die A. G. erwirbt also die von den Gründern während des Entstehungsstadiums begründeten Rechte und Pflichten als Bestandteile des Schöpfungsaktes unmittelbar kraft Gesetzes im Moment ihrer Eintragung; bis zu diesem Zeitpunkte sind sie aufschiebend bedingt — vgl. auch R. G. Bd. V S. 18 bis 22.

Hieraus folgt, dass die A. G. alle die Rechte geltend machen kann, die vor ihrer Eintragung die Gründer (bezw. der durch sie vertretene nicht rechtsf. Verein) geltend machen konnten. Die Vertretungsmacht der Gründer erlischt im Moment der Eintragung. Die Rechtslage ist ganz genau dieselbe, als wenn die Handlungen erst nach der Eintragung durch die Organe der A. G. vorgenommen worden wären. Die A. G. kann daher wegen Irrtums, Zwanges, Betruges anfechten, sie kann aufrechnen und alle Einreden und Einwendungen vorbringen, die den Gründern in ihrer Eigenschaft als Gründer der A. G. zustanden. Die Vermögensstücke erhält die A. G. belastet mit den Verpflichtungen, die darauf bei Abschluss des Vertrages ruhten. (R. G. Bd. 24 S. 21, Bd. 28 S. 360, Bd. 18 S. 66.) Eigentumsrechte dritter Personen an den in die A. G. eingebrachten Sachen gehen keineswegs unter, vielmehr kann der Dritte vorbehaltlich des gutgläubigen Erwerbes seine Rechte gegen die A. G. geltend machen. — R. G. Bd. 24 S. 22. — Einen zu hohen Gründergewinn kann die A. G. wegen Wuchers nach 826 B. G. B. anfechten. Die Ansicht des R. G. Bd. 26 S. 40, dass ein Verein die Aufhebung eines Rechtsgeschäftes über ein ihm als Hauptgegenstand eingebrachtes Objekt nicht mittels der Anfechtung verlangen kann, da er sonst seine Lebensbedingungen nach rückwärts hin zerstören würde, hat Kosack S. 568, Anm. c zutreffend widerlegt. Der Verein kann sich selbst auflösen und seine Lebensbedingungen ändern, folglich kann er auch derartige Uebernahmeverträge anfechten. An Stelle der von den Gründern angefangenen Prozesse tritt die A. G. ohne weiteres vertreten durch ihre gesetzmässige Organe. Dabei handelt es sich lediglich um eine Aenderung in der Vertretungsmacht. Rechtskräftig gegen die Gründer ergangene Urteile können unmittelbar gegen die entstandene A. G. vollstreckt werden, soferne die Gründer innerhalb ihres Macht-

bereiches gehandelt haben. Nebenintervenient wird der Gründer in einem Prozesse der A. G. nur dann sein können, wenn er neben der A. G. persönlich haftet und daher als Dritter ein rechtliches Interesse am Ausgang des Prozesses hat. § 64 C.P.O. Es ergibt sich demnach folgendes Schlussresultat:

1. Die Aktienzeichnung ist ein wesentlicher Bestandteil des Konstitutivaktes. Sie hat keinen vertragsmässigen, sondern sozialrechtlichen Charakter und die Rechte aus ihr gehen ohne weiteres als wesentliche Bestandteile des Gründungsherganges mit der Errichtung auf die errichtete und von dieser im Moment der Eintragung auf die juristische Person über.

2. Rechtshandlungen, welche die Gründer als gesetzliche Vertreter der entstehenden A. G. innerhalb des ihnen vom Gesetze zugewiesenen Machtbereiches vornehmen, sind aufschiebend bedingt. Ihr Rechtserfolg geht im Momente der Eintragung kraft Gesetzes auf die A. G. über.

3. Sonstige Rechtshandlungen können mit Wirkung für die A. G. vor der Eintragung nicht vorgenommen werden und sie daher weder berechtigen noch verpflichten. Der Handelnde haftet in diesen Fällen persönlich und solidarisch. § 200 H. G. B. Genehmigt ausnahmsweise hinterher die A. G. derartige Rechtsgeschäfte und erstreckt sich infolgedessen die Rechtswirkung aus denselben auf die A. G., dann gelten die Vorschriften des B. G. B. über das Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht.